This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

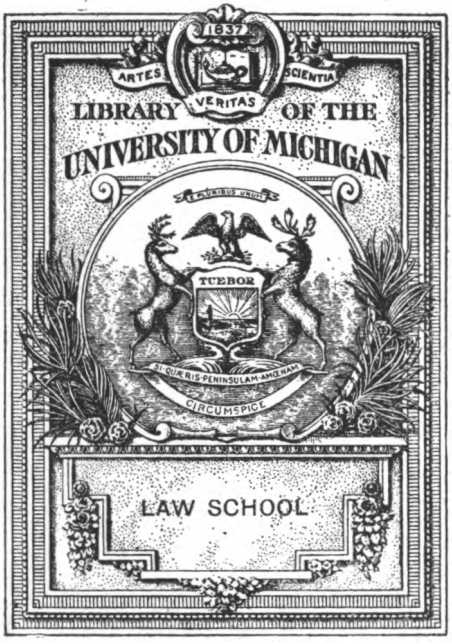
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
Stor
a3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Cie, rue Racine, 26.

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de la Justice.

DE ROYER
Vice-président du Sénat.

ROULAND
Ministre de l'Instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'Intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

49427

TOME XVI. — 10me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1860

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Gustave BRESSOLLES, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

La présomption légale d'interposition de personne, prononcée par l'article 911 du Code Napoléon contre l'épouse du médecin, cesse dans les cas où cette épouse se trouve parente du malade à l'un des degrés indiqués par l'article 909, ou lorsqu'elle est au nombre de ses héritiers présomptifs, même à un degré plus éloigné que ceux dont parle cet article. (Arrêt de la Cour de Toulouse du 9 décembre 1859.)

Observations préliminaires.

Il faut convenir qu'au premier abord, la proposition que nous venons de formuler paraît contraire à la loi. — L'article 911 du Code Napoléon porte, en effet, dans son premier paragraphe, que « toute disposition, faite en faveur d'un incapable, est nulle, « soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat onéreux, soit « qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ; » et le paragraphe deuxième ajoute : « Sont réputées personnes inter- « posées les père et mère, les enfants et descendants, et L'ÉPOUX « de la personne incapable. » Ce texte est absolu dans ses termes ; il paraît n'admettre aucune distinction, et ne reproduit, *pour l'interposition de personnes*, aucune des exceptions que l'article 909 a portées lui-même pour l'incapacité directe du médecin ; donc, celui-ci étant supposé incapable, son épouse ne paraît pas pouvoir échapper à la nullité prononcée par l'article 911.

Néanmoins, après y avoir mûrement réfléchi, nous croyons fermement que la solution inspirée par la première impression

Digitized by Google

qui résulte de la lecture du texte ci-dessus n'est point exacte, et, dans notre opinion, le legs *nominativement* adressé à l'épouse du médecin, qui se trouve parente du testateur à l'un des degrés portés en l'article 909, ou même qui se trouve seulement au nombre de ses héritiers présomptifs, doit être maintenu.

Le simple énoncé de notre opinion suffit pour indiquer que, d'après nous, *le texte* de l'article 911 ne doit pas seul résoudre la difficulté proposée, et qu'il faut rechercher, par voie d'interprétation, quelle en doit être la véritable portée, d'après *l'intention* du législateur.

Nous n'ignorons point que toute interprétation du Code Napoléon qui mépriserait arbitrairement le texte de la loi pour satisfaire des vues ou opinions personnelles, serait essentiellement fautive; nous n'ignorons pas davantage que les articles 909 et 911 établissent des présomptions légales d'incapacité et d'interposition (art. 1350-1°); nous reconnaissons enfin que ces cas de présomptions sont du nombre de ceux pour lesquels l'article 1352 défend l'admission de toute preuve contraire à la présomption légale, ce qui en fait des présomptions *absolues* ou *juris et de jure*, selon l'ancien langage, dont le sens et l'énergie sont admis dans la pratique moderne. Mais ces considérations n'ôtent rien à la légitimité de l'interprétation *logique* du texte, afin de rechercher quelles sont les situations qui rentrent vraiment dans ses prévisions. Les rédacteurs du Code Napoléon ont eux-mêmes déclaré qu'ils n'entendaient pas *tout prévoir* par leurs textes, attendu que [1] « mille questions inattendues se « produisent journellement dans la pratique, » et qu'il faut que « les juges trouvent dans la loi le principe de leurs décisions et « non leurs décisions toutes formées [2]. » Aussi a-t-on toujours admis, après les jurisconsultes romains [3], qu'il peut y avoir lieu à interprétation lorsque la rédaction employée par le législateur, quoique présentant un sens nettement déterminé, n'exprime pas fidèlement sa pensée [4]. — Il est seulement requis pour que cette interprétation soit *légitime*, « qu'elle s'attache

[1] Portalis, *Discours prélim. du Code civil.* — Fenet, *Trav. prépar.*, t. I, p. 469.

[2] Cambacérès. — Locré, *Législ. civile*, t. IV, p. 88.

[3] Celsus, L. 17, ff., *De legibus.*

[4] Aubry et Rau, *Droit civil français d'après Zachariæ*, 3e édit., 1856, t. I, p. 120. *De l'interprétation des lois.*

Digitized by Google

« *uniquement* à rechercher la véritable pensée du législateur, « dans le but d'arriver à l'exacte application d'un texte de loi, « sans s'attaquer à cette pensée elle-même pour en restreindre « ou en étendre arbitrairement la portée [1]. » On peut ainsi être amené, malgré un axiome vulgaire [2], *à distinguer où le texte ne distingue pas* [3], comme on peut appliquer, par majorité de raison [4], à des cas non spécifiés, des dispositions qui n'appartiennent pas à l'ordre restrictif ou pénal. Ces procédés d'interprétation générale, consacrés par la tradition la plus respectable et fondés sur la raison, sont même applicables aux textes qui établissent des présomptions *juris et de jure*, sans que l'on viole ainsi l'interdiction de prouver contre ces présomptions : ne faut-il pas, en effet, savoir *avant tout* si la partie à qui l'on oppose une présomption de cette espèce se trouve dans les conditions de droit requises pour l'existence de la présomption [5]? Et comment le savoir si l'on ne recherche le sens du texte qui l'établit? Aussi le jurisconsulte classique en ces matières, Ménochius, après avoir établi en plusieurs *questions* du *livre premier* de son traité *De præsumptionibus*, que la preuve contraire n'est point admise contre les présomptions *juris et de jure*, expose, dans la *question* 65 [6], que ces présomptions admettent la preuve *indirecte* contraire, en ce sens qu'on est toujours admis à prouver qu'on n'est pas dans le cas prévu par la loi, ou que l'une des conditions requises pour la présomption n'existe pas.

En appliquant à l'interprétation de l'article 911 du Code Napoléon les règles précédentes, nous pensons que lorsque le *texte* de cet article a classé l'épouse du médecin parmi les personnes interposées, il n'a entendu le faire que pour l'hypothèse où cette épouse ne se trouverait pas dans les cas d'exception dans lesquels, d'après l'article 909, le médecin aurait pu recevoir lui-même du malade, et surtout dans le cas où elle ne serait pas

[1] Aubry et Rau, *Droit civil français d'après Zachariæ*, 3e édit., 1856, t. I, p. 120, *De l'interprétation des lois.*

[2] « Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus. » (Godefroy, L. 8, ff., *De public. in remitt.*)

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 122, 123.

[4] *Ibid.*

[5] Toullier, n° 57 et suiv. — Duranton, XIII, nos 410 et suiv. — Marcadé, t. V, art. 1352, n° 1.

[6] « Semper admittuntur probationes quod non simus in tali casu, vel non » concurrat aliqua ex requisitis qualitatibus. »

Digitized by Google

héritière présomptive du testateur à la mort de ce dernier. C'est ce qu'il faut démontrer.

PREMIÈRE PROPOSITION.

L'article 911 *ne veut pas que l'on considère l'épouse du médecin comme personne interposée, lorsqu'elle se trouve dans un des cas où l'article* 909 *excepte le médecin lui-même de l'incapacité ordinaire dont il est frappé.*

I. La démonstration de cette proportion est facile, en se renfermant dans les règles ci-dessus rappelées pour l'interprétation des lois en général, et pour celles de leurs dispositions qui établissent des présomptions *juris et de jure :* il ne s'agit pas en effet d'établir, contre l'article 911, qu'il s'est montré trop rigoureux : ce serait faire sa critique au lieu de son commentaire; encore moins s'agit-il d'autoriser à prouver *par les faits* que l'épouse du médecin a pu avoir des titres suffisants à l'affection de la testatrice, pour qu'on doive rejeter la pensée d'une interposition en faveur de son mari. — Ce serait formellement violer l'article 1352, et *prouver contre* la *présomption légale ;* mais il s'agit de rechercher uniquement ce qu'a voulu le législateur, d'après l'ensemble de ses *propres dispositions.* — C'est l'interprétation du Code civil faite par lui-même, ce qui est la meilleure [1], afin d'appliquer l'article 911 dans *toute son étendue*, mais aussi *sans sortir de ses limites.* — La doctrine et la jurisprudence fourmillent d'exemples où, pour entrer dans les vues de la loi, on a modifié dans l'application la portée trop absolue *du texte* de l'article 911. C'est ainsi que les présomptions d'interposition sont unanimement déclarées inapplicables, malgré le texte qui ne distingue pas, dans tous les cas où une impossibilité absolue s'oppose à ce que l'incapable profite de la disposition [2], ce qui se vérifie, par exemple, lorsque le don a été fait à l'enfant de l'incapable *après la mort de celui-ci ;* c'est ainsi encore que la présomption d'interposition n'a pas été jugée devoir atteindre une disposition, à l'époque de laquelle *n'existait pas encore l'incapable,* vis-à-vis duquel l'article 911 présume l'interposition [3]. Cela posé, nous pensons que, par majorité de rai-

[1] Aubry et Rau, *Droit civil*, 3e édit., t. I, p. 124.

[2] V. notamment Troplong, *Donat.*, II, n° 717. — Colmar, 31 mai 1825. — Sirey, *collect. nouv.*, 8, 2, 82. — Cassat., 13 avril 1840. — Sirey, 40, 1, 440. — Aubry et Rau, t. V, p. 447.

[3] Troplong, *Donat.*, II, 709, 710, 714. — Aubry et Rau, *loc. cit.*, p. 448.

Digitized by Google

son, les exceptions établies par l'article 909 lui-même à l'incapacité *directe* du médecin, sont autant de cas dans lesquels n'existe pas la présomption d'interposition de personne, qui rend son épouse *indirectement* incapable dans les situations ordinaires.

II. On sait, en effet, que si l'article 909 déclare le médecin incapable de rien recevoir, durant la dernière maladie de celui qu'il traite, c'est parce que l'on doit craindre que l'empire exercé par l'homme de l'art sur son malade n'enlève à celui-ci la liberté requise pour disposer volontairement de son bien, et ne lui suggère frauduleusement des libéralités en faveur de celui dont il attend la guérison. Cette chance de captation, que l'ancienne jurisprudence, tant des pays de droit écrit que des pays coutumiers [1], avait cru devoir conjurer, en étendant [2] aux *médecins* l'incapacité de recevoir que l'ordonnance de 1539 (art. 131), la déclaration de 1549 et la disposition de plusieurs coutumes avaient établie contre les *tuteurs et administrateurs d'autrui*, sans nommer les médecins, a paru au législateur tellement probable qu'il n'a plus voulu s'en rapporter aux règles ordinaires sur la suggestion et la captation; il en a fait le motif d'une prohibition formelle et rigoureuse; il y a désormais présomption *juris et de jure* de captation, contre laquelle aucune preuve n'est admise. L'ami le plus ancien et le plus intime de son malade n'échappera pas à l'incapacité, dès qu'il aura été gratifié en temps suspect [3]; et le juge n'aura pas à rechercher s'il y a eu ou non motif plausible de libéralité [4]; la qualité de médecin sera considérée, en principe, comme *l'unique cause* du don ou du legs. Or, malgré la juste rigueur de ce motif, le législateur, tout en voulant ainsi protéger les familles contre l'influence illégitime de l'homme de l'art, n'a pas voulu imposer

[1] Ferrière, *Coutume de Paris*, in-fol., t. III, art. 276, n° 5. — Maynard, Cambolas et d'Olive sont conformes.

[2] Ricard, *Des Donations*, liv. Ier, chap. 3, sect. 9, nos 495 et suiv.— Merlin, *Rép. de jurispr.*, v° *Chirurgien*.

[3] Arrêt de la Cour de Toulouse, du 10 mai 1856 (Sirey, 52, 2, 97). — *Item* l'opinion générale des auteurs. — *Secùs* Troplong, *Donations*, II, n° 640. — Cassat., 24 juillet 1832 (Sirey, 32, 1, 503).

[4] Cette appréciation des faits devait toujours avoir lieu sous l'ancienne jurisprudence. V. Furgole, *Des testam.*, in-4°, t. I, p. 401. — Merlin, *Rép.*, v° *Chirurgien*, et les citations qui y sont faites v° *Apothicaire*. — Cassat., 21 août 1822. — Sirey, *collect. nouv.*, 7, 1, 129.

Digitized by Google

au malade l'obligation de méconnaître, à l'égard du médecin dévoué, les devoirs de la reconnaissance ou d'une affection basée sur les liens du sang : c'est pourquoi l'article 909 lui-même, qui venait, en son *premier paragraphe*, de transformer en loi expresse l'incapacité du médecin que l'ancienne jurisprudence n'avait fait qu'établir par induction, a, pour les §§ 2 et 3, emprunté à la même tradition juridique des exceptions qu'elle faisait à la règle d'incapacité, non-seulement des médecins, mais encore des tuteurs. La loi moderne a pris seulement la précaution, pour éviter toute équivoque, de préciser avec netteté les limites de l'exception : ainsi « sont ex-« ceptées : 1° les dispositions rémunératoires faites à titre par-« ticulier, eu égard aux facultés du disposant et aux services « rendus; 2° les dispositions universelles, dans le cas de pa-« renté jusqu'au quatrième degré inclusivement (cousin ger-« main, grand-oncle et petit-neveu), pourvu toutefois que le « décédé n'ait pas d'héritiers en ligne directe, à moins que celui « au profit duquel la disposition a été faite ne soit lui-même du « nombre de ces héritiers. » Dans ces cas exceptionnels, mais alors seulement, la présomption de la captation, qui, en fait, pourrait bien cependant avoir encore lieu, est vaincue par la probabilité d'une *cause légitime* de libéralité; la loi, qui peut alors douter au moins de la fraude, préfère maintenir les actes que les anéantir, et cela est parfaitement raisonnable[1].

Il résulte de ce précède : 1° que le Code Napoléon annule le don ou legs qui n'a d'autre cause que la qualité de médecin du donataire ou du légataire; 2° que cette cause est toujours présumée être la seule, hors des cas formellement exceptés par l'article 909; 3° que dans ces cas exceptionnels, la libéralité se soutient par une autre cause suffisante pour exclure la présomption de fraude : voilà le sens et la portée de l'incapacité du médecin; or, malgré ce que ce système légal a de précis et de rigoureux, la jurisprudence et la doctrine sont unanimes pour décider que le médecin, époux de la testatrice, qui n'est point indiqué dans le texte des exceptions de l'article 909, est cependant excepté par son esprit; c'est là un exemple frappant d'interprétation où l'on n'a jamais su voir la violation de l'article 1352.

[1] Loi 12, ff., *De reb. dubiis.*

Digitized by Google

III. L'article 911, à son tour, conforme encore aux inspirations de la déclaration de 1549, des coutumes déjà citées et de l'ancienne jurisprudence, pourvoit à ce qu'on n'élude pas les règles d'incapacité au moyen de l'interposition des personnes; mais plus précis que les anciennes règles, il va jusqu'à déterminer les personnes qui doivent être *légalement réputées interposées*[1]. Or, quelle est la nature de l'incapacité qui frappe ces personnes? Elle ne tient nullement à une cause qui leur soit intime; mais la loi, partant de cette idée, que l'incapable de recevoir, suspect de captation, n'aura pas plus d'efforts à employer, et n'en emploiera pas moins pour faire donner sous le nom de ses enfants ou de son époux que pour lui-même[2], refuse de croire que ce soit à l'interposé qu'on a donné; mais bien plutôt à l'incapable[3]; c'est ce que le jurisconsulte Marcellus exprime énergiquement en disant : *Observatur ut, omissâ interpositâ personâ, capientis tantum persona spectatur*[4].

La libéralité est donc annulée *comme si elle était faite à l'incapable lui-même*[5], et l'incapacité de l'interposé n'est que purement *accessoire* et *dépendante.*

S'il en est ainsi, comment pourrait-on penser que, *dans les mêmes cas où le législateur s'est départi de sa sévérité* envers l'incapable *direct et principal*, il n'ait pas voulu en faire autant pour l'*incapable indirect et accessoire?* Tout consiste, sans doute, en cette matière, à ne pas restreindre les vues de la loi, mais aussi à ne pas les dépasser. Ainsi, d'une part, l'épouse du médecin ne pourra pas dire, pour exclure la présomption d'interposition : « J'étais l'amie, la parente même, *à un degré quelconque,* du testateur; » on lui opposerait que le lien si intime qui l'unit à l'incapable, sa qualité d'épouse, est, aux yeux de la loi, la *cause unique* de la libéralité qu'elle a reçue, et qui

[1] La coutume de Paris (art. 276) frappait *directement* d'incapacité les enfants des tuteurs et administrateurs; mais, pas plus la coutume que la déclaration de 1549 ne détaillaient les *personnes légalement réputées interposées*, et la jurisprudence eut à se prononcer sur divers cas, notamment à l'égard de l'*épouse des incapables.*

[2] Ricard, *Des donations*, liv. Ier, chap. 3, sect. 16, n° 719.

[3] Coin-Delisle, *Des donat. et testam.*, art. 911, n° 19.

[4] L. 57, ff., *ad legem Falcidiam.*

[5] Coin-Delisle, *loc. cit.* — Burdet (de Grenoble), *Programme de droit civil*, t. II, n° 334.

Digitized by Google

est ainsi censée n'avoir été faite qu'à lui; mais, d'autre part, comment ne pourrait-elle pas dire : « Si mon mari, *qui seul me « rend incapable*, était, comme moi, parent du testateur au « degré fixé par l'article 909, il serait relevé de l'incapacité. « Je dois l'être comme lui? » L'épouse du médecin ne ferait alors qu'emprunter la pensée de la loi elle-même, et s'appuyer sur un moyen fourni par le législateur.

Il est vrai que le lien, dont l'intimité sert de base à la présomption d'interposition de personne, n'existe pas moins quoique l'époux, réputé interposé, soit parent du testateur, même aux degrés rapprochés de l'article 909. Mais puisque le législateur n'a pas tenu compte de la raison puissante qui motive la présomption de captation *contre le médecin lui-même*, quand il se trouve dans l'un des cas exceptionnels de l'article 909, il est juste de penser, par majorité de raison, que ces situations exceptionnelles doivent également l'emporter sur la présomption de *simple interposition*.

Il faut donc arriver, sur l'article 911, à un résultat identique à celui que nous avons constaté sur l'article 909 : 1° Le Code Napoléon annule, comme fait à personne interposée, le don ou le legs fait à l'épouse du médecin, quand sa qualité d'*épouse* a été la *seule cause* de la libéralité. 2° Il est toujours présumé en être ainsi quand l'épouse ne peut se placer dans les cas formellement exceptés par l'article 909. 3° Mais, dans ces cas exceptionnels, la libéralité se soutient *par une cause que la loi elle-même reconnaît suffisante pour exclure la présomption de fraude*. L'épouse alors ne prétend pas prouver *contre* la présomption légale d'interposition, mais seulement elle se prévaut d'une situation où cette présomption ne peut l'atteindre, *d'après la loi elle-même*.

IV. Cette assimilation entre les cas d'exception à la présomption légale de captation contre le médecin, et ceux d'exceptions à la présomption légale d'*interposition de personnes* contre son épouse est si raisonnable, que l'ancienne jurisprudence ne fait point difficulté de l'admettre; de même que l'on voyait une égale facilité pour le médecin, de faire gratifier ses proches que de se faire gratifier en personne, de même on tenait pour certain que si les services rendus, ou la parenté du médecin, pouvaient faire valider une disposition rémunératoire, ou même ordinaire, envers lui, des services rendus par les proches du

Digitized by Google

médecin ou leur propre parenté avec le disposant, devaient produire le même résultat de validité. Furgole[1] et Ferrière[2] rapportent divers arrêts qui attestent cette doctrine, même en matière de dons faits à des proches parents *du tuteur* du disposant, *expressément déclaré incapable* par les textes; or si tel était le courant de l'ancienne jurisprudence à laquelle le Code Napoléon a emprunté les autres branches de son système, tout en les perfectionnant, comment penser qu'il s'en fût séparé, *contre toute raison*, sur le point qui nous occupe? Le silence de l'article 911, au sujet de toute exception, tandis que l'article 909 les énumère, ne prouve rien contre cette opinion, en présence de l'esprit incontestable de la loi, que le législateur a pu croire suffisamment intelligible pour lever toute difficulté à cet égard. Il est si vrai que l'article 911 n'a pas été conçu dans une pensée tellement rigoureuse que l'orateur du Conseil d'État au Corps législatif, M. Bigot-Préameneu, et le rapporteur du tribunat, M. Joubert (dans un langage que nous croyons inexact par sa trop grande latitude, mais qui sert à indiquer que le législateur n'a pas voulu être plus sévère qu'il ne faut dans l'art. 911), n'ont pas craint de dire, au sujet des présomptions légales d'interposition de personnes, le premier, « que les juges pourront (et non DEVRONT) toujours s'y arrêter[3]; » et le second, que ces présomptions pourraient être « *renversées par des preuves positives, directes et irrécusables*[4]. »

V. La jurisprudence moderne fournit plusieurs documents qui favorisent l'opinion d'après laquelle les exceptions de l'article 909 seraient applicables à l'article 911. Ainsi plusieurs arrêts[5] admettent plus ou moins implicitement la validité des libéralités faites *à titre purement rémunératoire*, aux personnes que l'article 911 répute *interposées;* MM. Delvincourt[6], Va-

[1] Furgole, *Des testam.*, chap. 6, sect. 2, t. I, p. 401. — Arrêt de Toulouse du 10 mars 1744.

[2] Coutume de Paris, *loc. sup. cit.*, art. 276, nos 14 et 19. — Arrêt de Paris du 16 septembre 1676.

[3] Locré, *Législ. civile*, t. XI, p. 365.

[4] Locré, *ibid.*, p. 443.

[5] V. notamment Amiens, 16 floréal an XII (Sirey, *coll. nouv.*, 1, 2, 188); — Rouen, 25 janvier 1808 (Sirey, *coll. nouv.*, 2, 2, 333). — V. aussi, *pour un legs alimentaire*, Paris, 6 mai 1854 (Sirey, 54, 2, 537).

[6] *Cours de Code civil*, édit. de 1834, t. II, p. 208.

Digitized by Google

zeille[1], Taulier[2] et Massé et Vergé sur *Zachariæ*[3], adoptent le même sentiment.

VI. Quant à l'application de cette doctrine à l'exception spéciale de *parenté légale* de la personne prétendue interposée avec le testateur, nous ne connaissons qu'un arrêt de la Cour de cassation, du 21 juillet 1806[4], qui s'en soit occupé, et, par une vraie bonne fortune, cet unique document valide la disposition faite à la *fille* d'un *pharmacien* (atteint par l'art. 909), par le motif qu'elle était la *nièce* du disposant (parente au troisième degré), tandis qu'il est remarquable que l'arrêt de la Cour de Paris, du 28 messidor an XIII, qui était attaqué devant la Cour suprême[5], l'avait maintenue, parce que le pharmacien à qui elle était censée revenir par interposition était l'*allié* du testateur. Deux auteurs ont, seuls aussi, prévu la difficulté, et nous avons encore la satisfaction de trouver leur opinion conforme à la nôtre; le premier, M. Delvincourt, après avoir posé la question, la résoud en deux mots, comme s'il ne prévoyait pas qu'elle pût embarrasser[6]; le deuxième est le regrettable M. Demante père, dans son excellent *Cours analytique de Code Napoléon*, dont le quatrième volume, récemment édité, renferme la publication du *dernier manuscrit* laissé *complétement rédigé* par cet éminent professeur, dont les décisions étaient si renommées pour leur sagesse et leur exactitude.

Or, M. Demante s'exprime ainsi[7] : « Il est pourtant un cas où la « présomption légale ne devrait pas, selon moi, être appliquée; « c'est lorsque, à la qualité qui fonde, en général, la présomption « d'interposition, le donataire *nominal* en joint une autre qui le « rattache personnellement au donateur, et qui, si elle existait « chez l'incapable lui-même, serait suffisante pour le relever de « son incapacité : *putà*... si le malade traité par le médecin, « son allié, donne à la femme ou aux enfants de celui-ci, qui « sont ses parents au degré déterminé par l'article 909. De la

[1] *Résumé sur les successions et donations*, art. 911, n° 5.

[2] *Théorie raisonnée du Code civil*, t. IV, p. 38.

[3] *Droit civil français*, par Zachariæ, traduit et rétabli dans l'ordre du Code par Massé et Vergé, t. III, p. 48.

[4] Sirey, *collect. nouv.*, 2, 1, 268.

[5] Sirey, *collect. nouv.*, 2, 2, 75.

[6] *Cours de droit civil*, édit. de 1834, t. II, p. 208.

[7] *Cours analytique de Code Napoléon*, t. IV (posthume), avec la continuation, par Colmet de Santerre, p. 77.

Digitized by Google

« même manière en effet que le médecin, parent ou conjoint du « malade, n'est pas censé recevoir en qualité de médecin..., de « la même manière le père, le fils ou le conjoint du médecin, « quand il est parent[1] du donateur jusqu'au quatrième degré, « ne doivent être censés avoir reçu qu'en leur titre personnel « d'ascendant ou de parent du donateur, »

Il nous paraît que la démonstration est complète concernant la première proposition, savoir : *l'application à l'article* 911 *des exceptions de l'article* 909. La Cour impériale de Toulouse en a jugé ainsi, et par un arrêt du 9 décembre 1859, elle a adopté notre interprétation.

DEUXIÈME PROPOSITION.

L'article 911 *ne veut pas que l'on considère l'épouse du médecin comme personne interposée, lorsqu'elle se trouve héritière présomptive* ab intestat *du donateur ou testateur, même hors des degrés fixés par l'article* 909.

I. La démonstration de cette proposition n'exige pas de grands efforts; la présomption d'interposition repose, avons-nous dit, sur ce que la *seule qualité d'épouse* de l'incapable a, dans ce cas, motivé la libéralité : or, comment admettre une pareille supposition lorsque, à défaut du *témoignage spécial d'affection* que le défunt a donné à sa parente en lui laissant expressément son bien, elle eût également recueilli ce bien en vertu de la loi elle-même? Si l'article 911 devait être entendu autrement, il faudrait, pour être conséquent, considérer le fait de l'héritière présomptive, *d'avoir épousé le médecin du* DE CUJUS, comme un motif d'exclusion ou d'indignité de la succession, ce qui serait absurde. Supposez donc cette épouse du médecin *seule héritière de son degré,* qui serait le plus proche, une sœur du défunt par exemple, excluant tout autre héritier; son frère l'institue sa légataire universelle pour bien lui prouver son affection, ou pour la charger en même temps de quelques legs particuliers; il est impossible que cet acte, par lequel la vocation légale est confirmée, devienne un motif d'exclusion au profit d'héritiers plus éloignés. C'est d'autant moins possible que s'il en était ainsi, la sœur pourrait très-facilement éluder la prohibition de l'article 911 en répudiant l'*hérédité testamentaire* pour appréhender la *succession légale.*

[1] Lisez plutôt : « quand ils sont parents. »

Digitized by Google

II. Or, ce qui est vrai dans le cas où l'épouse est seule héritière présomptive, ne doit subir aucune modification quand elle n'est appelée que *pour une part*, et en concours avec *d'autres héritiers*; en effet, la seule circonstance d'être *en degré utile* pour recueillir *ab intestat* une *part* de succession suffit pour donner une vocation à *la totalité;* chaque habile à succéder est saisi *in universum*, et peut définitivement recueillir le tout par *accroissement* (art. 786) ou par *dévolution* (art. 786 et 733 *in fine*); le concours *effectif* des cohéritiers réduit seul la quotité des biens à recueillir par chacun (*concursu partes fiunt*)[1]. D'ailleurs il ne s'agit pas de la *mesure des biens recueillis*, mais *du fondement de la vocation héréditaire :* l'épouse du médecin est au nombre de ceux pour lesquels la loi suppose que le défunt avait le plus d'affection, puisqu'elle est héritière présomptive[2]; il serait absurde de dire qu'il ne l'affectionnait que pour une moitié ou un quart; cette affection est capable de lui assurer toute la succession si, par événement, ses cohéritiers ne venaient pas concourir : or, le défunt peut empêcher ce concours par l'institution universelle de sa parente. Si le malade avait institué pour ses légataires universels tous ses héritiers présomptifs, parmi lesquels se trouve la femme de son médecin, ceux-ci ne pourraient pas évidemment, en revendiquant *leur part* du legs, vouloir priver leur cohéritière de *sa part* dans le même legs, car son titre est égal au leur; or, ils ne le pourraient pas davantage en répudiant leurs parts testamentaires pour s'en tenir à leur vocation légale, et attaquer ensuite leur cohéritière; car le legs universel, d'abord *partiel*, deviendrait *total* par leur répudiation, et le deviendrait *en vertu de la loi seule*, par accroissement à la part très-valablement donnée à l'épouse du médecin. Si ces déductions sont exactes, et nous n'en doutons point, nous ne pouvons pas concevoir comment le legs universel *directement fait à l'un des héritiers présomptifs*, épouse du médecin, serait atteint par l'article 911.

III. C'est ainsi que dans l'ancienne jurisprudence, quand s'élaborait la doctrine qui avait fini par prévaloir[3], que

[1] Ulpiani *Fragm.*, tit. 24, § 1. — Cujac. *Observ.*, tit. 24, cap. 34. — Voy. Aubry et Rau, 3e édit., t. V, p. 131.

[2] V. *Exposé des motifs* du titre *des successions*, par Treilhard, *passim*.

[3] V. notamment les divers arrêts cités par Merlin, *Répert.*, vis *Médecin* et *Chirurgien*.

Digitized by Google

toute parenté du médecin lui-même le relevait de l'incapacité de recevoir, ceux qui luttaient contre cette interprétation tempérée de l'ordonnance de 1539 disaient, les uns, « que la qualité « D'HÉRITIER PRÉSOMPTIF levait seule l'incapacité[1]; les autres, « qu'on ne devait excepter que *les plus proches héritiers qui « doivent concourir avec d'autres en la succesion* ab intestat[2]. » Les plus sévères reconnaissaient donc la capacité du médecin *héritier présomptif;* ils auraient eu, d'après ce qui a été dit plus haut, la même opinion pour l'épouse du médecin, si elle eût été également héritière du testateur.

IV. Or, le Code Napoléon n'a pas voulu répudier la sagesse de nos pères. La science du droit est surtout traditionnelle; et les innovations arbitraires sont toujours des injustices et des malheurs.

Telle est la démonstration de la seconde proposition modifiant la rigueur *apparente* de l'article 914 du Code Napoléon, pour rentrer dans son intention véritable.

GUSTAVE BRESSOLLES.

FRAGMENT D'ÉTUDE DU DROIT ADMINISTRATIF SOUS L'EMPIRE ROMAIN,

DU IVe AU VIe SIÈCLE;

DES PRÉFETS DU PRÉTOIRE; DE LA CENTRALISATION ROMAINE.

Par M. SERRIGNY, professeur de droit à la Faculté de Dijon, ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

Un sujet d'étude fort intéressant est celui des institutions administratives en vigueur sous l'empire romain, principalement du IVe au VIe siècle. C'est un cadre très-vaste, et qui ne peut être traité dans une Revue. Tout ce que l'on peut faire dans un recueil de ce genre, c'est de détacher une feuille du tableau, afin de donner aux lecteurs un aperçu du sujet. Rien n'est plus riche que la collection des matériaux qui peuvent servir à le former. C'est d'abord le Code Théodosien avec l'in-

[1] Élie de Beaumont, cité par Merlin, v° *Médecin*, § 3, n° 4.
[2] Lapeyrère, *Arrêts et décis.*, lettre T, n° 170. — Furgole, *loc. cit. suprà.*

Digitized by Google

comparable commentaire de J. Godefroy, qui confond d'admiration ceux qui ont le bonheur de l'étudier; c'est le Code de Justinien, considéré au même point de vue, bien qu'il n'ait pas rencontré son J. Godefroy; c'est la *Notitia utriusque imperii* avec le savant commentaire de Pancirole; ce sont enfin les auteurs contemporains, comme Ammien Marcellin, Cassiodore et autres. Ce n'est pas seulement au point de vue de la science administrative, mais encore au point de vue de l'économie politique, que le Code Théodosien commenté par J. Godefroy offre la mine la plus riche, mine encore à exploiter même après l'*Économie politique des Romains* par M. Dureau de la Malle. Il faudrait la science juridique d'un Godefroy ou d'un Cujas avec la science économique d'Adam Smith, de Jean-Baptiste Say ou de Rossi, pour en faire sortir toutes les richesses qui y sont renfermées.

Tous les légistes connaissent le Code de Justinien, un peu le Code Théodosien, et fort peu la *Notice de l'Empire.* Ce dernier document est cependant l'un des plus curieux et des plus instructifs; c'est celui qui donne la plus haute idée de la grandeur de l'empire romain. C'est une espèce d'almanach des dignités civiles et militaires des deux portions de l'empire romain, l'empire d'Orient et l'empire d'Occident, document que l'opinion commune reporte à l'année 427, sous Théodose le Jeune. Que l'on se figure un ou plusieurs exemplaires de notre *Almanach impérial* échappant aux ravages du temps, et qui seraient réédités et réimprimés dans 1433 ans d'ici, et l'on aura une idée de l'importance et de l'intérêt d'un pareil livre pour nos descendants. La *Notice de l'Empire,* bien que moins détaillée, offre plus d'intérêt, parce qu'elle a été composée à une époque où l'imprimerie n'existant pas, les livres du Ve siècle arrivés jusqu'à nous sont plus rares que ne le seront ceux de notre âge qui arriveront à l'année 3293. Cette *Notice* est sans nom d'auteur, ce qui est assez naturel pour un almanach qui semble officiel.

Les éditions de la *Notice* dont il s'agit sont ordinairement accompagnées d'une description de la ville de Constantinople et d'une description de la ville de Rome, également sans noms d'auteurs, qui sont à peu près contemporaines de la *Notice*, et qui ne sont guère moins curieuses. On y voit les différents quartiers ou régions, les monuments publics, les palais, les bibliothèques, le nombre des maisons, etc., etc. Dans la descrip-

Digitized by Google

tion de Rome, les mots *domus* et *insula* ne sont pas tout à fait employés dans le sens qu'on leur attribue ordinairement; car *domus* est employé pour désigner un vaste édifice couvert en forme de dôme, et *insula* indique une maison ordinaire [1]. En effet, il y avait alors à Rome seulement 1,780 *domus*, tandis que le nombre des *insulæ* s'élevait à 46,602 [2]; La même description nous apprend qu'à la même époque il y avait dans cette grande ville *quadraginta quinque lupanaria* [3]. On n'a qu'à lire Parent-Duchâtelet pour être convaincu que, si la civilisation a amené des progrès considérables dans les sciences et dans l'industrie, elle n'en a pas réalisé de moins grands dans l'extension du vice et des maisons qui, dans la ville de Paris, dépravent les mœurs publiques.

Ce qui frappe tout d'abord l'imagination dans l'étude des institutions administratives de l'empire romain, c'est l'immense développement qu'avait éprouvé ce que nous appelons aujourd'hui la *centralisation*. Si ce mot est nouveau dans notre langue, l'idée qu'il exprime est ancienne et dépasse ce que nous voyons de nos jours. Tous les États de l'Europe moderne paraissent exigus et rétrécis quand on a vécu avec la *Notice impériale* et les documents contemporains; et cependant, à l'époque de cette *Notice*, les limites de l'empire avaient déjà reculé, et il avait perdu notamment toute la Dacie de Trajan, c'est-à-dire les provinces transdanubiennes, et d'autres provinces.

La division des pouvoirs n'était pas la même que celle de nos jours; on n'y reconnaissait pas la séparation devenue classique des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire; spécialement, la séparation de l'autorité administrative et judiciaire y était inconnue. Voici quelle était la division des fonctions publiques : Au sommet, l'empereur possédait les pouvoirs que nous appelons législatif, exécutif et judiciaire. Outre que les Codes Théodosien et Justinien sont remplis de décisions judiciaires émanées des empereurs, l'histoire en offre des exemples à chaque pas. En voici un exemple tiré d'Ammien Marcellin : « Julien, « comme il l'avait projeté, passa l'hiver à Antioche. Mais au « lieu de se laisser aller aux séductions de tout genre qui « abondent en Syrie, il s'occupait, comme par délassement, à

[1] V. Pancirole, *Not. occid.*, p. 162, édit. de Genève, 1623.
[2] V. l'édition de la *Notitia*, par le Père Labbe. Paris, 1651, p. 147.
[3] V. *ibid.*, p. 144.

Digitized by Google

« juger les procès; ce qui toutefois n'exige pas moins de con-
« tention d'esprit que la conduite d'une guerre [1]. »

Les fonctions ou dignités étaient divisées en civiles, militaires et ecclésiastiques. Au nombre des premières figuraient celles de préfet du prétoire, de préfet de la ville de Constantinople ou de Rome, de gouverneurs des provinces, etc. Au nombre des secondes étaient celles de maîtres des soldats (*magistri militum*), de comtes, de ducs, etc.

Sous le rapport du rang, les dignités étaient classées dans différentes catégories désignées sous les dénominations d'*illustres, spectabiles, clarissimi, perfectissimi.*

La plus importante dignité était celle de préfet du prétoire, et c'est la seule dont je veuille m'occuper ici. Elle est appelée le faîte des dignités, *summum fastigium*, *sublimis apex dignitatum* [2].

Dans l'origine, le préfet du prétoire était un officier militaire. A l'imitation du dictateur qui, possédant temporairement la plénitude du pouvoir, se choisissait un maître de la cavalerie pour l'aider dans ses fonctions, les empereurs, investis de l'autorité suprême, désignèrent un préfet du prétoire, dont les fonctions eurent d'abord certains rapports avec celles des anciens maîtres de la cavalerie [3]. Suivant Justinien, les anciens Romains, depuis une époque reculée, même antérieure à l'établissement du consulat, appelaient leurs chefs militaires *prætores* [4]. De là on donna le nom de *tentorium* ou *prætorium* à la tente occupée par le général, et la cohorte chargée de sa garde fut nommée cohorte prétorienne. Le chef qui commandait cette garde fut naturellement désigné sous le nom de *præfectus prætorio* ou *tentorio.*

Auguste institua deux préfets du prétoire, afin qu'ils pussent se faire obstacle si l'un d'eux était tenté d'abuser de sa position pour comploter contre l'État [5]. Tibère établit Séjan seul préfet du prétoire, et en fit un ministre universel. On sait ce qui en advint.

Les préfets du prétoire qui, à l'origine, étaient des officiers

[1] Ammien, lib. XXII, 10.
[2] Cod. Th., L. 3, *De metatis;* L. 7, *De honorib.*
[3] L. 1, *princ.*, ff., *De offic. præf. præt.*
[4] Novell. 25, *in princ.*
[5] V. Dion, lib. LV.

Digitized by Google

militaires, acquirent ensuite une telle autorité qu'ils furent, en outre, chargés des affaires civiles. Commode, suivant Lampride, pour se livrer à l'oisiveté, se déchargea sur Pescennius, préfet du prétoire, de tous les soins de l'administration.

D'autres empereurs, après Tibère, reportèrent à deux le nombre des préfets du prétoire. Constantin ayant transporté le siége de l'empire à Constantinople, doubla le nombre des préfets du prétoire, et le porta à quatre : l'un pour l'Orient, le second pour l'Illyrie orientale et la Thrace, le troisième pour l'Italie, l'Illyrie occidentale (qui s'étendait jusqu'au Danube supérieur) et l'Afrique, et le quatrième pour la Gaule, l'Espagne et la Bretagne [1].

Justinien, dans son Code, ne fait pas mention des préfets du prétoire de l'Italie et des Gaules, parce que, de son temps, l'empire d'Occident avait cessé d'exister. Mais quand il eut recouvré l'Afrique sur les Vandales, il établit un préfet du prétoire spécial pour cette province [2].

Les fonctions des préfets du prétoire avaient pris une telle extension que, jusqu'à Constantin, ils cumulèrent l'administration et le jugement des affaires civiles avec ceux des affaires militaires. Ce cumul parut offrir des inconvénients et des dangers dans l'ordre politique, et Constantin, dans la vue de limiter leur pouvoir, le réduisit aux affaires civiles, et créa des *magistri militum* chargés exclusivement du commandement militaire [3]; il établit des *magistri peditum* et des *magistri equitum*. De la sorte il obtint un double résultat : celui d'enlever aux préfets du prétoire leur pouvoir militaire, et celui de scinder ce dernier pouvoir entre des chefs divers. Ce partage des fonctions civiles et militaires fut une grande amélioration dans l'ordre politique, au point de vue de la sûreté de l'empereur et de la protection des sujets. Quoiqu'il affaiblît l'autorité des préfets du prétoire, ils restèrent néanmoins les premiers dignitaires pour l'importance de leurs fonctions, et ils primaient les maîtres de la milice.

Cassiodore, qui fut deux fois préfet du prétoire en Italie vers le milieu du VIe siècle, et qui remplit les plus hautes fonctions sous les rois goths, nous a transmis la formule des attributions d'un

[1] V. *Notitia imperii;* — Zozime, lib. II; — et Ammien Marcellin, lib. XXI.
[2] V. Cod. Just., tit. *De offic. præf. præt. Afric.*
[3] V. Zozime, lib. II.

Digitized by Google

préfet du prétoire[1]. Voulant donner une haute idée de l'éminence de cette dignité, il en reporte ridiculement l'origine au roi Pharaon, qui créa Joseph premier ministre, c'est-à-dire préfet du prétoire, pour le récompenser des services qu'il avait rendus en préservant l'Égypte de la famine. Aucune dignité, dit-il, n'était égale à celle de préfet du prétoire; il avait presque le pouvoir de faire des lois[2]. Il y avait certains attributs communs à sa dignité et à l'autorité impériale. *Exhibet enim sine præscriptione longinquos*[3] : il pouvait punir les délinquants d'une grosse amende[4], faire la répartition du budget, accorder des permis de se servir des transports publics, déclarer les biens vacants, punir les juges des provinces et prononcer des jugements oralement et sans écrit, en quelque lieu qu'il se trouvât, c'est-à-dire même en dehors de son prétoire. Il avait ses entrées habituelles dans le palais et ses audiences de l'empereur, qui se faisait un plaisir d'exécuter ce que son préfet du prétoire avait résolu[5]. Enfin si l'on en croit Cassiodore, l'empereur se levait même en présence du préfet du prétoire[6].

Les préfet du prétoire faisaient publier les lois dans les provinces[7]; ils y faisaient parvenir les ordres du prince[8]; ils

[1] *Variarum*, VI, 3.

[2] « Potestate nulla dignitas est æqualis..... pene est, ut possit legem condere. » V. *loc. cit.*

[3] Ces mots sont tout à fait obscurs et étrangers à la belle langue juridique de l'époque classique de la jurisprudence. Signifient-ils que le préfet du prétoire avait le droit de forcer à comparaître devant lui ceux qui étaient éloignés de son siége, et d'évoquer leurs causes sans qu'ils pussent opposer une exception tirée de l'incompétence, à raison du domicile ou du premier degré de juridiction? Ou bien veulent-ils dire que le préfet du prétoire pouvait, sans un ordre préalable de l'empereur, rappeler les expulsés par mesure administrative, mesure en usage sous l'empire romain, et rétablie, de nos jours, par la loi de sûreté générale du 27 février 1858? La première interprétation me semble préférable, et la phrase doit s'entendre comme s'il y avait : *sine præscriptione fori*, arg. L. 164, Cod. Th., *De decurionib.*; et L. 3, ff., *De off. præsid.*

[4] V. *ibid.*— Cette amende pouvait s'élever à 50 livres d'or.—V. Cod. Just., L. 4, *De modo multarum.*

[5] Cassiodore, *loc. cit.* — « Gratanter implemus quæ ille constituit, cujus reverentia et ita nos constringimur, ut sine dubitatione faciamus, quæ illum decrevisse cognoscimus. »

[6] *Variarum*, III, 20.

[7] Cod. Th., L. 14, *De bonis præscript.*; L. 26, *De cohortat.*

[8] Cod. Th., L. 10, *De cursu publ.*; L. ult., *De decurionib.*

Digitized by Google

étaient chargés du soin de procurer des vivres aux armées[1]; ils étaient exempts des réquisitions de soldats et de chevaux[2]; et ils pouvaient user des postes publiques pour leur propre compte[3].

Ils étaient chargés de veiller à la confection du cens et de la capitation[4], à la levée des impôts et des revenus publics[5], au recrutement militaire[6].

Les impôts étant payables par tiers tous les quatre mois, les préfets du prétoire étaient tenus d'envoyer aux gouverneurs des provinces les *adscriptions* ou *délégations* qui fixaient leurs contingents[7], et tous les quatre mois ils devaient vérifier les états quadrimensuels (*breves quadrimenstrui*), afin de connaître et de contrôler la situation des recouvrements[8].

La discipline des spectacles et ce qui s'y rattachait étaient dans leurs attributions[9]. Ils veillaient à ce que les relais de postes fussent pourvus de vivres pour les chevaux, et à ce que les règlements sur les changements de chevaux et sur le prix des courses en poste fussent observés[10]; en d'autres termes, ils avaient la surintendance des postes aux chevaux.

Ils avaient aussi la surintendance des mines[11], des travaux publics[12], et des chemins[13], et le département de la navigation fluviale et maritime[14].

Les préfets du prétoire avaient sous leur autorité et leur censure les *vicarii* qui gouvernaient chaque diocèse[15], c'est-à-dire

[1] Cod. Th., L. 2 et suiv., *De erogat. mil. ann.*
[2] Cod. Th., L. unic., *Qui a præb. tyr.*
[3] Cod. Th., L. 3 et suiv., *De cursu publ.*
[4] Cod. Th., L. ult., *De censu;* L. 3, *De muner.*
[5] Cod. Th., L. 3, 6, 9, 14, 15, *De annon. et trib.*
[6] Cod. Th., L. 1, 5, 6, 7, 9, *De tyronib.*
[7] Cod. Th., L. 173, *De decurionib.;* et novell. 128, 1.
[8] Cod. Th., L. unic., *De quadrimenstruis brevibus.* — L'administration française publie dans le *Moniteur* des états mensuels ou trimestriels en ce qui concerne les contributions indirectes, les douanes et les contributions directes.
[9] Cod. Th., L. 1 et seq., *De spectaculis;* L. 1 et 2, *De majuma.*
[10] Cod. Th., L. 60, *De cursu publico.*
[11] Cod. Th., L. 6, 7, 11, 13, *De metallis.*
[12] Cod. Th., L. 2, 3, 14, 16, 18, 21 et suiv., *De operib. publ.*
[13] Cod. Th., L. 4, *De cursu publico.*
[14] Cod. Th., L. 1, *De classicis.*
[15] Cod. Th., L. ult., *De advocat. fisci.*

Digitized by Google

une réunion de plusieurs provinces[1], les *judices* et autres gouverneurs de provinces (*consulares, rectores, præsides*)[2]; ils veillaient à ce qu'aucun abus de pouvoir ne fût commis par eux, et ils connaissaient des plaintes en concussion contre ces gouverneurs et leurs officiers[3].

Ils statuaient sur l'appel des jugements rendus par les *judices* et autres gouverneurs[4]. Leur pouvoir s'accrut tellement qu'il ne fut pas permis d'appeler de leurs sentences, le prince étant censé les avoir investis d'une confiance telle qu'il n'aurait pas jugé autrement qu'eux-mêmes l'avaient fait[5]. Cependant Dioclétien et Maximien établirent un recours devant l'empereur, qui durait deux ans, contre les décisions du préfet du prétoire : cette voie est appelée *facultas supplicandi, non provocandi*[6]. C'était une espèce de demande en révision ouverte à ceux qui se plaignaient d'une violation de droit, *si* CONTRA JUS *se læsos affirment.* L'empereur faisait alors l'office d'une espèce de Cour de cassation, pouvoir ayant de l'analogie avec celui qu'exerçaient nos rois, dans leur *conseil privé des parties,* avant l'institution de notre Cour de cassation actuelle.

Les préfets du prétoire et les magistrats des provinces avaient, lorsqu'ils rendaient la justice, des *assesseurs*[7] appelés aussi, par les textes, conseillers (*conciliarii*)[8]. Ces dénominations indiquent le rôle que remplissaient ces assistants près des magistrats auxquels ils aidaient à rendre la justice. Ainsi, nous savons que Paul et Ulpien ont été assesseurs de Papinien remplissant les fonctions de préfet du prétoire[9]. Pour le dire en passant, ce trio de jurisconsultes devait constituer un tribunal comme il ne s'en est peut-être jamais rencontré dans le cours des siècles et comme il ne s'en rencontrera probablement jamais. — Tous les préfets du prétoire n'étaient pas des Papinien, des Paul ou des Ulpien; quoique l'élévation et l'importance de

[1] On sait que tel était le sens du mot *diœcesis.* — V. Godef., *ad leg.* 11, Cod. Th., *De medic. et prof.*

[2] Cod. Th., L. 2, 3, 16, 18, 20, 21, 108, *De decurionib.*

[3] Cod. Th., L. 1, *De offic. rect. prov.*

[4] *Ibid.*, L. unic., *De offic. præf. præt.*, et Cod. Just., L. 4, *eod. tit.*

[5] L. 1, § 1, ff., *De offic. præf. præt.*, et L. 19 et 30, Cod. Just., *De appellat.*

[6] Cod. Just., L. 1, *De sentent. præf. præt.*

[7] V. ff., tit. *De offic. asessor.* — Cod. Th. et Cod. Just., *eod. tit.*

[8] V. Cod. Th., *De adsessor.*, et Cod. Just., L. 10 et 11, *eod. tit.*

[9] V. la fameuse loi *Lecta est.*, 40, ff., *De reb. cred.*

Digitized by Google

leurs fonctions dussent faire habituellement porter le choix du prince sur des hommes de mérite. Ammien Marcellin, parlant des Perses qu'il oppose aux Romains, dit : « Ils n'élèvent aux « fonctions judiciaires que des hommes intègres et instruits, qui « n'ont pas besoin d'être soufflés, et ils se raillent impitoyable- « ment de nos tribunaux, où le magistrat ignorant ne peut se « passer d'avoir derrière lui un assesseur disert et instruit[1]. »

Le nombre des avocats près d'un tribunal n'était pas, comme de nos jours, indéfini; il était limité d'après l'importance du magistrat[2]. Des constitutions de 440 et de 486 avaient fixé ce nombre à cent cinquante avocats près les siéges des préfets du prétoire de l'empire d'Orient[3]. Cela prouve l'importance des fonctions judiciaires des préfets du prétoire et le nombre des causes qui arrivaient devant leur tribunal. C'est une raison qui expliquerait seule la nécessité d'assesseurs pour entendre toutes ces affaires et pour concourir à leurs décisions. Tous les ans ou tous les deux ans le préfet du prétoire choisissait, parmi les avocats attachés à son siége, deux d'entre-eux pour être les avocats du fisc[4].

Les assesseurs du préfet du prétoire avaient-ils voix délibérative ou seulement consultative dans les décisions judiciaires? Cette question se présente également pour les autres magistrats qui avaient des assesseurs ou conseillers, ainsi que cela résulte des textes d'Ammien et des Codes romains. Je pense qu'ils n'avaient que voix consultative. Le passage d'Ammien que j'ai cité plus haut favorise cette opinion; il dit textuellement : « *Undè nostram consuetudinem rident, quæ interdum facundos, jurisque publici peritissimos, post indoctorum collocat terga.* » Il n'est pas naturel de penser que ces assesseurs, qui étaient placés derrière le dos des juges, avaient voix délibérative : d'ailleurs, les dénominations d'*assesseurs* et de *conseillers* semblent résister à la faculté d'avoir droit de suffrage dans une délibération, quoique depuis des siècles les membres de nos Cours judiciaires aient conservé le nom ancien de *conseillers*. A une époque reculée, les membres de la Cour féodale du roi de France, avant que le parlement en

[1] Ammien, XXIII, 6, traduction de M. Nisard.
[2] L. 8, Cod. Just., *De advocat. divers. judicior.*
[3] Cod. Just., L. 8, 13 et 17, *dict. tit.*
[4] *Eod. Cod.*, L. 10 et 12, *dict. tit.*

Digitized by Google

fût sorti, n'avaient pas voix délibérative [1]. Lorsque le préfet du prétoire ou autre juge administrateur était absent ou empêché, il déléguait ses fonctions tout aussi aisément que le font nos préfets [2]. Mais quand le titulaire siégeait lui-même, il avait le pouvoir de rendre seul la décision, bien qu'en fait il se conformât habituellement à l'avis de ses conseillers assesseurs, comme le font chez nous l'empereur en Conseil d'État ou les préfets en conseil de préfecture. Cela est conforme au principe monarchique, qui tend à mettre l'unité dans tous les rouages de l'administration et de la justice. Les textes du droit romain me semblent confirmer cette interprétation [3].

Au nombre des attributions du préfet du prétoire comprises dans la formule de Cassiodore et déjà citées, il en est une qui mérite quelques développements; c'est celle-ci : « *Fiscum pro sua deliberatione distribuit* [4]. » Quel est le sens de ces mots? D'abord, il me paraît certain que le mot *fiscus* n'est pas pris ici dans son ancienne signification spéciale et restreinte, pour exprimer le trésor du prince par opposition au mot *ærarium* qui désignait le trésor de la république. Quel est le genre de distribution qu'il a voulu exprimer? A-t-il voulu dire que le préfet du prétoire faisait la répartition de ce que nous nommons aujourd'hui les fonds ou les crédits du budget entre les différents services publics, comme cela se pratique chez nous? Ou bien a-t-il entendu parler de la répartition du contingent des impôts à recouvrer sur les différentes provinces ou cités? La première opération semblerait cadrer davantage avec le sens naturel des mots *distribuit fiscum*, et peut-être le préfet du prétoire en était-il chargé; mais je ne rencontre pas ce genre d'opérations dans les textes des lois romaines, tandis que j'y trouve formellement exprimée la seconde opération, comme rentrant dans ses attributions.

En effet, tous les ans, au mois de juillet ou d'août, le préfet du prétoire, d'après les bases arrêtées par l'empereur [5], déterminait le contingent de ce que chaque province ou cité de-

[1] V. Pardessus, *Mémoire sur l'organisation judiciaire*, en tête du tome XXI des *Ordonnances du Louvre*, p. x.

[2] V. ff., tit. *De officio ejus cui mandat. est jurisd.*

[3] L. 2 et 13, Cod., *De adsessorib.*, et novell. 60, c. 2.

[4] *Variarum*, 6, 3.

[5] Cod. Th., L. 1, *De indictionib.* — Cod. Just., L. ult., *De annon. et trib*

Digitized by Google

vait payer, soit en argent, soit en nature, par chaque *jugum* [1], ou *villa* (ferme), ou *centuria* (domaine de deux cents arpents) [2], ou par toute autre unité [3]. Ces *délégations* ou *dispositions* étaient expédiées par ses bureaux, au commencement de chaque indiction, *in præmiis uniuscujusque indictionis*, aux *judices* (gouverneurs des provinces) qui étaient chargés de les faire publier [4]. Je crois que le mot *indictio* signifie ici l'année financière qui, sous l'empire romain, commençait au 1er septembre. Les impôts étaient exigibles par tiers, le 1er janvier, le 1er mars, *et ad finem addictionis*, c'est-à-dire le 31 août ou le lendemain [5]. Les gouverneurs de provinces devaient transmettre aux cités sous leurs ordres, en septembre ou en octobre, leurs contingents, pour les mettre en recouvrements [6].

Les réclamations individuelles se portaient devant les *judices* ou gouverneurs, et, par appel, devant le préfet du prétoire [7]. Les réclamations collectives des provinces ou des cités se portaient devant l'empereur [8].

Il résulte de là que l'assiette des impôts et le jugement des réclamations qui en naissaient n'appartenaient pas au ministre du trésor (*comes sacrarum largitionum*), dans la crainte

[1] J. Godefroy pense, et, je crois, avec raison, que le *jugum* était *modus terræ, cui colendo per annum jugo bonum opus est.* V. Godefroy, *ad leg.* 2, Cod. Th., *De censu*, in fine. — En Bourgogne on dit encore, dans le même sens, une *charrue*, pour exprimer la quantité de terre qu'une charrue attelée peut labourer chaque année; ainsi telle ferme est d'une, deux ou trois *charrues*. « Jugum, dit Calvinus dans son *Lexicon juridicum*, hoc verbo, pro pari duorum animalium plerumque accipitur. »

[2] Calvinus, v° *Centuria*, explique parfaitement le sens de ce mot : « Centuria, inquit Festus, in agris significat ducenta jugera, de qua ita Varro, lib. IV, *Ling. latin.*, centuria primo a centum jugeribus dicta, post duplicata idem nomen retinuit, ut tribus multiplicatæ idem nomen tenent. — Hujus etiam idem, in lib. *De re rust.*, meminit : — Et Siculus Flaccus, in lib. *De cond. agr.* : Centuriis, ait, quarum mentionum nunc facimus, vocabulum datum est ex eo, cum antiqui romanorum agrum ex hoste captum victori populo per bina jugera partiti sunt, centenis hominibus ducenta jugera dederunt, et ex hoc facto centuria justa appellata est. — Sic sumitur in L. 10 Cod. Th., *De annon. et trib.*, et in novella 128 Justiniani, in princ. »

[3] Novell. 128, c. 1.

[4] Dict. novell. et L. ult. Cod. Just., *De annon. et trib.*

[5] V. *ibid.*

[6] V. dict. novell.

[7] Dict. novell., c. 8.

[8] Cod. Just., L. ult., *De annon. et trib.*

Digitized by Google

sans doute que, par sa position, il ne fût trop enclin à faire pencher la balance en faveur du trésor public contre les contribuables. Le préfet du prétoire, magistrat politique, administratif et judiciaire, offrait infiniment plus de garantie aux contribuables, sans qu'on pût le soupçonner d'être opposé aux intérêts du fisc.

A raison de leur grande autorité, les préfets du prétoire ne pouvaient, dans l'origine, être choisis dans l'ordre sénatorial; ils n'étaient pris que parmi les chevaliers, dans la crainte que l'illustration de la dignité de sénateur, jointe à leurs fonctions préfectorales, ne leur donnât un trop grand pouvoir dans l'État. Jules Capitolin dit qu'Alexandre Sévère fut le premier qui revêtit les préfets du prétoire de la dignité sénatoriale, pour les élever davantage, et pour que celui qui avait droit de juger les sénateurs fût au moins leur pair[1].

Quelque élevé que fût le pouvoir des préfets du prétoire, il recevait cependant des limites, même dans l'ordre civil. Ainsi, 1° ils n'avaient point d'autorité sur les grands officiers du palais, tels que le *comes sacrarum largitionum* (le ministre du trésor) et le *comes rerum privatarum* (l'intendant de la liste civile et du domaine privé), ni sur leurs agents[2]. On comprend que les agents des finances n'aient pas été soumis à la juridiction de la justice ordinaire, et que les chefs de ces départements ministériels n'aient relevé que de l'empereur.

2° Ils ne pouvaient établir de leur chef, et sans l'autorité de l'empereur, des impôts soit ordinaires, soit extraordinaires; c'était là, du moins, la règle générale. *Nihil provincialibus indici sine nostra scientia fas est. — Nihil a provincialibus extraordinaria patimur indictione deposci*[3]. En tout pays, l'établissement des impôts est l'une des prérogatives les plus éminentes de la puissance sociale; nous le voyons bien par toutes les digues mises par les constitutions des peuples modernes à l'exercice de ce pouvoir. La règle établie sous l'empire romain recevait des exceptions dans les cas d'urgence; il était permis alors au préfet du prétoire d'user du provisoire, sauf à faire régulariser par l'empereur les mesures prises par lui[4]; de

[1] J. Capitolin., *In Alexandro Severo.*
[2] Cod. Th., L. 1, 4 et 6, *De palatinis.*
[3] Cod. Th., L. unic., *De superindict.*; L. 10 et 11, *De extraordin.*
[4] Cod. Th., L. 7 et 8, *De extraordin.*

Digitized by Google

même que chez nous, les crédits extraordinaires sont autorisés par des décrets, qui sont soumis ensuite à l'approbation du pouvoir législatif.

Je craindrais d'abuser de la patience des lecteurs en reproduisant ici l'énumération des personnages qui composaient l'*officium* du préfet du prétoire, et qui étaient désignés sous le mot générique d'*officiales*. On peut voir cette énumération dans la *Notice de l'empire*[1]. Elle ne peut qu'ajouter à l'idée de la grandeur des fonctions de ces hauts dignitaires.

Ce qui précède suffit pour remplir le but que je me suis proposé, et qui était de donner une idée de la centralisation politique, administrative et judiciaire existant sous l'empire romain. Cette centralisation avait été importée par les Romains dans les pays conquis par eux, et spécialement dans les Gaules, puisque ce grand territoire, découpé aujourd'hui en plusieurs États, était le siége d'un préfet du prétoire, qui étendait son autorité non-seulement sur tous les gouverneurs des provinces entre lesquelles il se divisait, mais encore dans des pays qui forment aujourd'hui plusieurs royaumes, savoir : l'Angleterre, l'Espagne et le Portugal. Les quelques siècles pendant lesquels la Gaule a été soumise à la domination romaine, ont suffi pour y importer et pour y acclimater cette centralisation.

Lorsque les barbares d'outre-Rhin envahirent les Gaules, ils y apportèrent un principe opposé, que l'on pourrait appeler l'esprit de morcellement du pouvoir ou de la décentralisation. Il suffit d'avoir lu l'ouvrage si court et si substantiel de Tacite, *De moribus Germanorum*, pour voir que tel était le caractère prédominant de toutes ces peuplades barbares, peu avancées en civilisation, dont les chefs n'avaient guère d'attributions importantes que pendant la guerre. Après la conquête des provinces de l'empire d'Occident, ces chefs eurent bien le désir de s'approprier les prérogatives des empereurs qu'ils dépossédaient. Nulle part cette politique n'est plus apparente que dans la vie et les ouvrages de Cassiodore, qui servit successivement les rois goths envahisseurs de l'Italie. Mais l'esprit et les habitudes des hommes qu'ils conduisaient résistaient à cette centralisation, et durant toute la première race de nos rois, il s'établit une lutte entre l'esprit de la centralisation, fruit de la conquête

[1] V. aussi Cod. Just., *De officio præf. Afric.*

Digitized by Google

romaine, et l'esprit de morcellement, produit de la conquête des peuples du Nord. Sous Charlemagne, on fut tenté de croire que le principe de la centralisation allait l'emporter sur son rival, et que l'empire d'Occident allait se rétablir par le génie et les conquêtes de ce grand monarque; mais ce ne fut qu'un triomphe éphémère, et bientôt, sous ses successeurs faibles et dégénérés, le principe contraire prit le dessus et produisit ses conséquences extrêmes sous le nom de *régime féodal*. Lorsque l'on fut arrivé aux plus extrêmes limites de la décentralisation, et que chaque seigneur féodal ou justicier fut devenu presque souverain dans son fief ou sa justice, sauf le lien de suzeraineté et la voie de plainte pour défaulte de droit, il s'opéra un mouvement en sens inverse, c'est-à-dire que le pouvoir commença à refluer des extrémités vers le centre. C'est ce travail qui, grandissant sans cesse, a produit la centralisation politique et administrative dont nous sommes témoins, et dont le mouvement ascensionnel n'est point encore arrêté. Toute l'histoire de France consiste à étudier la marche, d'abord de la lutte entre les deux principes opposés, puis de l'affaiblissement graduel des vestiges de l'ancienne centralisation romaine, et enfin de la formation de la centralisation moderne. Rien, je le répète, n'est plus intéressant aujourd'hui que l'étude de la centralisation romaine pour la comparer à la nôtre, et pour y rechercher la trace de nos anciennes institutions. On y retrouve, sauf les télégraphes électriques et les chemins de fer, presque tout ce que nous avons eu et tout ce que nous voyons sous nos yeux. Si nous n'avons point de préfets du prétoire, nous avons des *magistri militum* dans nos maréchaux investis du commandement de plusieurs divisions militaires.

Si l'historien Vico pouvait voir ce qui se passe de nos jours, il aurait un chapitre bien intéressant à ajouter à son livre, en faveur de sa théorie sur le cercle dans lequel, suivant lui, tourne l'humanité. Et pourtant je ne crois pas que son système soit conforme aux lois qui gouvernent la marche des événements humains.

SERRIGNY.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN

SUR CERTAINS POINTS DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Par M. AUBÉPIN, procureur impérial à Charleville (Ardennes).

(*Suite* [1].)

CHAPITRE IV.

Des dommages-intérêts.

I. *Controverses des glossateurs sur la loi unique au Code de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur.* — Si l'étude de l'influence exercée par Dumoulin, sur le droit civil moderne, devait s'attacher de préférence aux théories dont la science lui attribue hautement la création, c'est ici que devrait se placer l'examen de sa doctrine sur les obligations divisibles et indivisibles. Mieux que tout autre, peut-être, ce sujet donnerait une idée juste et complète à la fois, du procédé employé par Dumoulin pour tirer certaines matières des ténèbres de la Glose et les livrer à l'épreuve de la pratique française. Mais son étendue excede trop les limites de l'horizon que nous avons dessein d'embrasser pour y trouver place, et Dumoulin lui-même nous a laissé des difficultés qu'il présente un tableau trop saisissant pour qu'il n'y ait pas témérité à l'aborder après lui.

« Non fuit, écrit-il au début de son *Extricatio labyrinthi di-« viduí et individui*, nec adhuc est in universi juris oceano tur-« bulentior, profundior et periculosior pelagus hoc dividuorum « et individuorum tractatu, adeo ut etiam præcipuis juris doc-« toribus impermeabilis unda et inextricabilis error et visus et « judicatus sit. » Puis il compte les docteurs qui se sont engagés avant lui dans ces parages fertiles en écueils : l'un ose à peine quitter le rivage ; l'autre, à peine en pleine mer, replie ses voiles et fuit à la hâte cet océan sans limites ; un autre appelle de ses vœux un nouvel Hercule pour entreprendre ce treizième travail qu'il compare au combat de Lerne [2].

Il vaut mieux suivre Dumoulin dans son exploration d'un

[1] V. *Revue critique*, t. XIV, livraisons de février et mai 1859.

[2] Dumoulin, *Extricatio labyr. divid. et individ.*, pars Ire, principium et n° 1.

Digitized by Google

autre labyrinthe dont les détours sont moins sinueux et moins multipliés, et dont l'étude présente d'ailleurs, quoique dans un cercle plus restreint, une juste idée du procédé dont nous avons parlé. C'est encore lui qui nous l'apprend : « Illic enim unum « præcipuo caput, hic pro uno septem; illic erat satis paucis et « brevibus chartis octo genera intricationum enumerare et ex- « tricare, hic vero erumpunt ultra quadraginta quæ vix justo « volumine singulatim excuterentur, priusque obruerentur le- « gentium ingenia quam dimidium viæ ad umbilicum et deci- « sionem materiæ emensum esset[1]. » Ce labyrinthe est celui qu'il désigne, après les glossateurs, sous le nom de *labyrinthus de eo quod interest*, et d'où la doctrine française a tiré la théorie des dommages-intérêts.

Des difficultés sérieuses avaient surgi, dès le temps des jurisconsultes classiques de Rome, sur le *id quod interest* en général et sur son appréciation en particulier. Venuleius conseillait à ceux qui en faisaient l'objet d'une stipulation, de lui assigner une certaine somme pour limite, *quoniam*, disait-il, *plerumque difficilis est probatio quanti cujusque intersit, et ad exiguam summam deducitur*[2]. Scévola ne lui reconnaissait par d'autres limites que l'équité, *consistunt enim in sola æquitate*[3]. A peine Ulpien voulait-il arborer un principe moins vague, qu'il se trouvait en conflit avec Labéon[4], et Paul érigeait en règle de droit la maxime suivante : *quatenus cujusque intersit in facto, non in jure consistit*[5].

Au temps de Justinien, ces difficultés avaient pris un développement tel qu'il était devenu nécessaire d'en combattre les funestes conséquences par l'établissement d'une règle fixe. Un rescrit porté dans ce but aux calendes de septembre 530, qui forme la loi unique au Code *de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur*, disposa dans les termes suivants : « ..... Sancimus in « omnibus casibus qui certam habent naturam vel quantitatem « veluti in venditionibus, locationibus et omnibus contractibus, « hoc quod interest dupli quantitatem minime excedere ; in aliis « autem casibus qui incerti esse videntur, judices qui causas

[1] Id., *ibid.*, n° 3.
[2] L. ult., D., *De prætor. stipulat.*
[3] L. 14, D., *De div. præscript. tempor.*
[4] L. 21, D., *De oper. novi nunciat.*
[5] L. 24, D., *De regul. jur.*

Digitized by Google

« dirimendas suscipiunt per suam subtilitatem requirere ut « quod revera inducitur damnum hoc reddatur, et non ex qui- « busdam machinationibus et immodicis perversionibus in « circuitus inextricabiles redigatur..... Et hoc non solum in « damno sed etiam in lucro nostra amplectitur constitutio, « quia ex eo veteres id quod interest statuerunt. »

Placés en face de cette loi, les glossateurs appelaient à leur aide, pour en interpréter le sens et en fixer la portée, toutes celles qui dans le Corps de Droit avaient, de près ou de loin, trait à la matière; les interprétations variaient à l'infini, non-seulement sur la loi de Justinien, mais encore sur les autres, et Dumoulin, bien qu'il ne s'attachât qu'aux points culminants, comptait jusqu'à huit grands problèmes soulevés à ce sujet par la Glose. — Qu'est-ce que l'*interesse?* — Quelles sont les différentes espèces d'*interesse?* — Quelle est celle dont s'occupe la loi de Justinien? — Quel est le simple du double dont parle cette loi, ou, en d'autres termes, le point de départ de la taxation qu'elle établit? — Que doit-on entendre par le terme *casus* qu'elle emploie? — Et par les termes *casus certi, casus incerti?* — L'obligation de faire est-elle un *casus certus?* — Comment enfin concilier certaines lois de la matière qui semblent se combattre entre elles[1]? — Nous allons parcourir rapidement les systèmes élevés par la Glose sur ces divers points, avant d'entrer dans le traité de Dumoulin dont ils forment, pour ainsi dire, le portique.

II. *De la nature de l'*interesse *et de ses divisions.* — Qu'est-ce d'abord que l'*interesse?* Quelle est sa nature? quels sont ses éléments?

Accurse et la Glose donnaient une double définition de l'*interesse.* Lorsqu'ils le considéraient abstractivement, ils disaient avec la loi 13, D. *Ratam rem hab.* et avec la loi de Justinien, qu'il se composait du gain qu'on avait manqué de faire et de la perte qu'on avait éprouvée, et ils le définissaient ce gain et cette perte même, *interesse lucrum cessans, damnum emergens.* — Lorsqu'ils le considéraient spécialement dans la vente, ils en demandaient la notion à la loi 21, D., *De action emp.* Paul, dans cette loi, recherchant quelle serait l'étendue de l'indemnité due à l'acheteur d'une certaine quantité de blé qui, par

[1] Dumoulin, *Tract. de eo quod interest,* n° 1.

Digitized by Google

suite d'un retard dans la livraison, aurait vu périr de faim ses esclaves, disait : *pretium tritici, non servorum fame necatorum, consequitur;* d'où Accurse et la Glose tiraient cette autre définition, *interesse singulare rei pretium*[1].

Bartole réprouvait cette double notion : le prix de la chose vendue était, disait-il, distinct de l'*interesse* qui pouvait naître à l'occasion de cette chose, et à la loi 21, D., *De act. emp.*, il opposait la loi 23, D., *Ad. leg. Aquil.;* quant au gain manqué et au dommage éprouvé, il les considérait bien comme les éléments de l'appréciation de l'*interesse*, mais il n'y voulait pas voir l'*interesse* lui-même. Sur cette dernière critique il basait une nouvelle définition ainsi formulée : *interesse æstimatio alicujus utilitatis non habitæ, propter alicujus factum injustum vel cessationem injustam*[2].

La notion de Bartole était encore repoussée par quelques docteurs. Les uns la trouvaient puérile : l'objet de la demande d'une indemnité, disaient-ils, et de la question qui en naît devant le juge, est l'estimation de l'*interesse*, or définir l'*interesse, æstimatio alicujus utilitatis*, n'est-ce pas le définir dès lors l'estimation de l'estimation *æstimationem æstimationis?* Alciat ajoutait qu'elle négligeait un des éléments de l'*interesse*, indiqué cependant par la loi de Justinien elle-même, le dommage éprouvé, pour ne s'attacher qu'au gain manqué[3]. Les disciples de Bartole avaient prévu la critique d'Alciat, et ils disaient plus simplement que leur maître : *æstimatio damni emergentis aut lucri cessantis, ratione cessationis aut facti aliter quam fieri debuit legitime proveniens*[4].

Enfin Alciat, après avoir essayé plusieurs définitions, arrivait à la conclusion de Paul, dans la loi 24, D., *De regulis juris*, que l'*interesse*, consistant moins en droit qu'en fait, ne pouvait être défini, *id quod interest definiri non posse, quia in facto consistit*[5]. Mais ce point lui était aussitôt contesté par Baron,

[1] Gabriel de Gast, *Commentar. in titul. Codic. de sententiis quæ pro eo quod interest proferuntur* (*Thesaur. Meermanni*, t. VI, p. 762). — V. dans le même recueil plusieurs autres traités sur la même matière (t. III, p. 294, et t. VII, p. 318).

[2] Gabriel de Gast, *loc. cit.*

[3] Gabriel de Gast, *loc. cit.*

[4] Pierre Rebuffe, *Schematismi super interesse brevis declaratio*, n° 2. (Glose d'Accurse, éd. Dyon. Goth. Cod., p. 1718.)

[5] Gabriel de Gast, *loc. cit.*

Digitized by Google

qui affirmait au contraire *definitionem ejus quod interest esse juris*[1], et la discussion s'engageait à nouveau. Ce qui faisait dire à Dumoulin qu'en cette occasion les docteurs se montraient plus jaloux de disputer que de conclure, *contentionis cupidiores quam veritatis*[2].

C'est également des lois romaines qu'on tirait les différentes divisions de l'*interesse*. Deux étaient principalement importantes et se retrouvaient dans la plupart des controverses qui suivront.

Hermogénien, dans la loi dern. D., *De pericul. et comm. rei vend.*, s'occupant de la fixation de l'indemnité due au vendeur pour le cas où l'acheteur est en retard de payer le prix, disait qu'elle consisterait alors seulement dans les intérêts de ce prix, *usuras duntaxat præstabit.* — Paul, dans la loi 21, D., *De act. emp.*, prévoyant le cas inverse où la tradition de la chose vendue n'a pas lieu au jour fixé, ajoutait qu'il fallait alors faire entrer dans l'appréciation de l'indemnité, non pas indistinctement la perte entière qu'il avait subie, ou le gain entier qu'il avait manqué, mais seulement, pour employer ses expressions, *quæ circa rem consistit.* — Enfin Ulpien, dans la loi 20, §§ 4, D., *De hered. petit.*, recherchant quelles étaient, parmi les choses qui venaient s'ajouter à une hérédité après l'adition, celles qui devaient lui accroître, formulait ainsi sa solution : *ea quæ post aditam hereditatem accedunt, si quidem ex ipsa hereditate, puto hereditati accedere ; si extrinsecus, non, quia personæ possessoris accedunt ; fructus autem omnes augent hereditatem....., sed et partus ancillorum sine dubio augent hereditatem.*

Du rapprochement de ces textes et d'autres encore qui renferment les mêmes principes, la Glose tirait une première division de l'*interesse* en *intrinsecum* ou *intra rem* ou *circa rem*, et *extrinsecum* ou *extra rem :* pour Accurse, le premier n'était autre que le *damnum emergens*, le second que le *lucrum cessans ;* le premier faisait partie intégrante et nécessaire de l'*interesse*, et ne pouvait se séparer de la chose à l'occasion de laquelle il naissait : le second au contraire en était distinct, et ne venait s'y joindre qu'occasionnellement. — Bartole cherchait la base de sa distinction plutôt dans le texte d'Ulpien que dans celui de Paul : pour lui l'*interesse intrinsecum* était cette sorte d'indemnité qui prend sa source dans la chose même à l'occasion de

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 13.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid.

Digitized by Google

laquelle elle est due, *quod ex re ipsa provenit, ut fructus, partus et similia;* l'*interesse extrinsecum* était cette sorte d'indemnité qui est complétement indépendante de la chose, et puise ailleurs sa source, *quod non ex re ipsa provenit, sed occasione rei*[1].

D'un autre côté, Accurse, qui confondait l'*interesse* avec le prix de la chose, lui appliqua une division qu'on appliquait en droit romain au prix des choses en général, et enseigna que, de même qu'il y avait trois sortes de prix, *pretium commune, singulare, conventum*, il devait y avoir aussi trois sortes d'*interesse, commune, singulare, conventum*. Le premier s'entendait de l'indemnité basée sur l'estimation communément attribuée à la chose, *quanti res communi æstimatione valet;* le second, de l'indemnité appréciée en raison de l'intérêt particulier de la personne engagée dans l'*interesse, ex cujusque affectione vel commoditate;* le troisième enfin, de l'indemnité convenue entre les parties, *de quo inter contrahentes convenit*[2].

Bartole et ses disciples adoptaient cette division, tout en contestant le principe que leur assignait Accurse, et, pour l'accommoder à leur doctrine sur la nature de l'*interesse*, il leur suffisait de dire qu'elle se rapportait, non pas au prix, mais à l'estimation du gain manqué et du dommage éprouvé qui pouvait se faire, aussi bien que celle du prix, soit d'après l'estimation commune, soit d'après une estimation particulière à chaque espèce, soit d'après une estimation convenue d'avance entre les parties[3].

Si la controverse se fût contenue dans ces limites, Cynus n'aurait pas dit qu'autant valait chercher le fond de la mer que la véritable différence entre l'*interesse intrinsecum* et l'*interesse extrinsecum*, et Dumoulin n'aurait pas ajouté que la distinction de l'*interesse* en *commune, singulare* et *conventum* avait jeté dans la matière une inextricable confusion[4]. Mais, quand Cynus et Dumoulin portèrent ce jugement, Accurse avait depuis

[1] Gabriel de Gast, *loc. cit.*

[2] Glose d'Accurse, sur la loi *Sterilis*, § *Cum per vendit.*, D., *De act. emp.*, glose *Circa rem.* — Id. sur la L. un., C., *De sentent. quæ pro eo*, glose *Quod interest.*

[3] Gabriel de Gast, *loc. cit.* — Rebuffe, *loc. cit. sup.*

[4] Gabriel de Gast, *loc. cit.* — Dumoulin, *loc. cit.*, n° 13 : « Cynus ingenue « fassus est dicens etiam ad sciendum discrimen interesse intrinseci et ex- « trinseci eumdem esse per profundum pelagi. »

Digitized by Google

longtemps fusionné ensemble les deux divisions qui précèdent, et de chacun de leurs membres Bartole avait tiré des divisions nouvelles. Les docteurs semblaient concentrer leurs efforts sur ce terrain pour retrouver dans les lois romaines les types qu'ils avaient imaginés *à priori*, puis, comme ces lois statuant sur des espèces présentaient des solutions diverses selon les aspects divers que leur imposait le droit, on créait un nouveau type pour chaque espèce; enfin, ce procédé, conforme d'ailleurs aux tendances de l'école Bartoliste, avait multiplié les divisions de l'*interesse* à ce point que Rebuffe pouvait en compter jusqu'à quarante[1]. D'autre part, chaque terme de chaque division était l'objet de discussions qui engageaient son sens et sa portée : ainsi, d'après les uns, l'*interesse commune* devait s'évaluer suivant le sentiment commun pris en général, *ad rem principalem et ejus causam duntaxat;* d'après les autres, il devait s'apprécier suivant l'opinion commune des personnes de même condition que celle dont il s'agissait d'établir l'intérêt, *quod extrinsecus communiter cujusque quidem conditionis interesse solet*[2]. On ne s'entendait pas mieux sur l'*interesse singulare* qui, dans une opinion, était attaché par la personne à la chose en raison de circonstances personnelles, *per relationem ad personam agentis cujus interest*, tandis que, dans une seconde, il représentait l'intérêt inhérent à la chose même, et non à la personne *propter aliquam causam seu qualitatem quæ venit extrinsecus*, et que, dans une troisième, il s'entendait de l'intérêt de simple affection, *alii ad affectionem*[3]. Enfin la notion de l'*interesse conventum* n'était pas beaucoup plus claire ni beaucoup plus précise que les autres. Aussi, était-ce avec raison que Dumoulin disait de ces discussions : « Sine fine digla-« diantur, singulos legum ejus quod interest casus, modo ad « commune, modo ad singulare interesse trahentes, modo sub-« jicientes, modo subtrahentes hujus legis sanctioni, ut sic « omnes leges hujus materiæ non intellectæ sed intricatæ et « obrutæ relinquantur, ut in eorum commentariis videre « licet[4]. »

III. *De l'espèce d'*interesse *réglée par la loi de Justinien, et de*

[1] Rebuffe, *loc. cit.* — Gabriel de Gast, *loc. cit.*
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 17, 32 et 33.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 15.
[4] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 17.

Digitized by Google

la base de la taxation qu'elle établit. — Un point d'appui une fois posé, soit dans un sens, soit dans un autre, sur la nature de l'*interesse* et de chacune de ses espèces, on se demandait laquelle de ces dernières devait entrer dans l'appréciation de l'*interesse* en général, et spécialement tomber sous le coup de la loi de Justinien.

Arcurse, s'appuyant encore de la loi 21, § 3, D., *De act. emp.*, posait en principe que l'*interesse extrinsecum*, c'est-à-dire le *lucrum cessans*, ne devait jamais entrer dans l'appréciation de l'*interesse* proprement dit. Cette règle trop absolue venait se heurter contre des lois nombreuses, il le reconnaissait lui-même, *sunt multa contra dictam regulam*, mais il tranchait les difficultés en déclarant ces lois exceptionnelles, *sed omnia sunt specialia*[1]. Toutefois, leur autorité, comme leur nombre, l'amenaient bientôt à transaction, et il distinguait le cas où la source de l'*interesse* se trouvait dans une inexécution absolue de l'obligation, de celui où elle se trouvait seulement dans une inexécution incomplète ou fautive, *pejus est mali tradere quam nullo modo tradere.* Dans le premier, il rejetait l'*interesse extrinsecum*, qu'il admettait au contraire dans le second[2]. Cette distinction avait le mérite de concilier la loi 21 précitée, avec la loi 13, § 1, au même titre et d'autres encore.

Bartole reprenait en sous-œuvre la distinction d'Accurse, qu'il n'admettait pleinement que dans sa seconde hypothèse. Lorsqu'il s'agit d'une exécution incomplète ou fautive, disait-il, distinguons : ou l'*interesse* est de telle nature, qu'il suit la chose en toutes mains, *aut id quod interest sequitur rem penes quemcumque*, et alors il faut en tenir compte, *et illius habetur ratio*, et il citait la loi *Venditor hominis*, D., *De eviction.*[3]; ou il en est autrement, et alors sous-distinguons : si la chose est de celles qui sont susceptibles de l'*interesse intrinsecum*, il faut rejeter l'*extrinsecum;* dans le cas contraire, il faut l'admettre. Et il citait encore les lois 3, D., *De in litem jur.*,

[1] Accurse, sur la loi 21, § 3, D., *De act. emp.*, gl. *Citra rem.*

[2] Gabriel de Gast, *loc. cit.*

[3] « Venditor hominis emptori præstare debet quanti ejus interest hominem « venditoris fuisse : quare si partus ancillæ, sive hereditas quam servus « emptoris jussu adierit evicta fuerit, agi ex empto potest, et sicut obligatus « est venditor ut præstet licere habere hominem quem vendidit, *ita ea quo-* « *que quæ per eum adquiri potuerunt, præstare debet emptori ut habeat.* » (L. 8, D., *De eviction.*)

Digitized by Google

et 68, D., *De verb. oblig.*[1]. Mais cette dernière proposition était en opposition évidente avec la loi dernière, D., *De peric. et comm. rei vend.*[2], et alors la controverse s'engageait au milieu des textes, pour revenir bientôt à son point de départ, la distinction des deux sortes d'*interesse*, de telle façon qu'un glossateur, las de la suivre dans ses détours sans fin, avouait qu'elle fatiguait l'esprit et épuisait la mémoire sans profit pour l'intelligence, *quæ, ut inquit Ferretus, et memoriam lædunt et subtrahunt, potiusquam instruant intelligentiam*[3].

Il en était de même des discussions qui s'élevaient au sujet de l'application à la loi de Justinien, de la division de l'*interesse* en *commune, singulare, conventum*. Il est vrai qu'on s'accordait assez généralement à penser que l'*interesse singulare* tombait seul sous le coup de la loi du Code, et la Glose avait de son autorité complété le texte de Justinien, *sancimus.... hoc quod interest*, par l'adverbe *singulariter*. Mais il y avait plus d'une sorte d'*interesse singulare* : suivant les uns, il s'agissait ici de l'*interesse singulari concernente meram affectionem ;* suivant les autres, il y était aussi question de l'*interesse singulari utilitatem concernente ;* suivant d'autres encore, le législateur n'entendait parler que de l'*interesse quod accedit ultra communem rei æstimationem ;* dans un quatrième avis, il avait eu en vue l'*interesse extrinsecus accidens propter qualitatem personæ inherentem ad alium non transmissibilem*, comme s'il voulait parler d'un autographe précieux ou d'un bien patrimonial[4].

Cette discussion prenait des textes qui l'alimentaient une importance particulière. Sous chaque texte du Corps de Droit qui se rapportait à la matière, se posait naturellement cette question : s'agit-il ici de l'*interesse commune* ou de l'*interesse singulare*, c'est-à-dire, la loi de Justinien doit-elle ou non recevoir ici son application ? « Videsne, s'écriait Dumoulin presque « indigné, quam misere lacerentur et intricentur hæ leges ex « priorum commentariis seu potius labyrinthis, usque ad

[1] « ..... Quod si ita stipulatus fuero : pecuniam te mihi crediturum spon- « des? incerta est stipulatio, *quia id venit in stipulationem quod mea inte- « rest.* » (L. 68, D., *De verb. oblig.*)

[2] « Venditori si emptor in prætio solvendo moram fecerit, *usuras duntaxat « præstabit*, non omne omnino quod venditor, mora non facta, consequi po- « tuit. » (L. 19, D., *De per. et comm.*)

[3] Gabriel de Gast., *loc. cit.*

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 18, 32, 33.

Digitized by Google

« Rebuffum inclusive, quot quantisque difficultatibus et tenebris « obruatur hic textus alioquin clarissimus, dum unicum illud « adverbium *singulariter* additur et subauditur[1]. » Et les docteurs eux-mêmes, fatigués de leurs recherches sans résultats, rejetaient sur l'obscurité de la loi de Justinien les difficultés qui renaissaient à mesure qu'ils les tranchaient, *velut Hydræ capita*[2].

Leur principe même, qui excluait de l'application de la loi l'*interesse conventum*, n'était pas toujours à l'abri des doutes et des objections. Du temps d'Azon, deux systèmes également absolus se partageaient la doctrine sur ce point : l'un sévère jusqu'à l'excès, *severiores et strictiores*, faisait plier l'*interesse conventum* sous le joug de la loi du Code et ne voulait pas qu'il pût excéder le double; l'autre, facile jusqu'à la faiblesse, *laxiores*, s'étayait du § *Omnes*, aux Institutes *De actionibus*, pour enseigner qu'il pouvait aller jusqu'au quadruple. Un troisième vint, qui distingua : ou celui qui consent une clause pénale dont le chiffre excède le quadruple, le fait sciemment, sans ignorer qu'il le peut, et alors la clause demeure; ou il est ignorant de ses droits, et le chiffre de la clause est réduit au quadruple; la loi *Sed et si quis*, D., *Si quis caut.*, servit de base à cette transaction. Enfin Azon, venant après les trois autres, proclama la liberté indéfinie de la convention. Son avis fut généralement suivi depuis, sauf cependant quelques tentatives de retour aux anciens errements[3].

Apaisées sous une première forme, les controverses que nous venons de parcourir renaissaient presque aussitôt sous une autre; tout se tenait dans cette matière. Il suffisait, pour les réveiller, de se poser cette question : Quel est le point de départ de la taxation établie par la loi de Justinien? quel est le

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 31.

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 20.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 159. — « Omnes autem actiones, vel in simplum « conceptæ sunt, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum : ulte- « rius autem nulla actio extenditur. » (§ 21, Institut., *De actionibus.*) — « ..... Julianus scribit, si judicio sistendi causa pluris quam statutum est « per ignorantiam promissum fuerit, exceptionem dari debere; si autem ex « conventione tantæ summæ promissio facta sit, exceptionem pacti conventi « replicatione infirmandam. » (L. 4, § 5, in-fol., D., *Si quis caution.*) — Azon s'appuyait sur le § *alteri*, Institut., *De inutil. stipulat.*, et la loi *Stipulatio*, § *alteri*, D., *De verb. oblig.*

Digitized by Google

simple du double qu'elle défend de dépasser? On ne faisait pas moins de cinq réponses.

Pour les premiers glossateurs qui voyaient l'*interesse* dans le prix de la chose à l'occasion de laquelle il naissait, ce prix était le point de départ de la loi : mais Placentin l'entendait du prix convenu, *pretii conventi*, et Bulgare du prix commun, *pretii communis*. Bartole enseignait que l'*interesse commune* devait servir de base au calcul, à moins qu'il ne se rencontrât un *interesse conventum*. Accurse et Balde voulaient qu'on se réglât sur celui qui présentait le chiffre le plus élevé de l'*interesse conventum* ou de l'*interesse commune*. Suivant d'autres, enfin, on devait toujours prendre pour base l'*interesse commune* sans aucune distinction [1]. « Hic vide, lector, redisait encore ici « Dumoulin, quorsum res evadat, quam miserabiles anxie- « tates et absurditates operosa illa et distorta commenta pa- « riant [2]. »

IV. *Des casus et des casus certi et incerti*.—Mais toutes les discussions qui précèdent n'étaient rien auprès de celle qui clôt la série indiquée par Dumoulin. La disposition de la loi de Justinien, on ne l'a point oublié, varie selon qu'il s'agit, pour employer ses termes, de *casus qui certam habent quantitatem vel naturam*, ou de *casus incerti*. Que signifient ces termes et quelle en est la portée?

Dumoulin nous annonce que cette question soulève l'un des problèmes les plus graves qui aient préoccupé la science avant lui : « Multo major adhuc tumultus et inextricabilior labyrin- « thus pro confusione et varietate aliarum super alias opinionum « mutuo sese perpetuo collidentium.... tum ne forte de re tot « seculis inter summos jurisprudentiæ vortices controversis- « sima [3].... » Cependant on reconnaissait généralement que le mot *casus* avait dans la loi de Justinien le sens de contrat, la loi le disait elle-même, *veluti in venditionibus, locationibus et omnibus contractibus*, mais en réalité la question n'était que déplacée sans être tranchée, et elle revenait à celle-ci : Qu'est-ce qu'un contrat certain? qu'est-ce qu'un contrat incertain?

Un contrat certain, disait un premier avis, est un contrat nommé; on ne se préoccupait pas de ce sentiment, *tanquam*

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 20.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 36.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 21.

Digitized by Google

nimis stupida, disait Dumoulin[1].—Un contrat certain, disait un second avis, est celui dont l'objet est certain quant à sa substance et quant à sa qualité, et qui peut donner lieu à la *condictio certi*, celui en un mot qui contient un *certum*, suivant la formule de la loi *certum*, D., *Si cert. pet.*, et de la loi *ubi autem*, D., *De verb. oblig.*[2]. Mais on lui répondait que l'obligation de donner un *genus* avait une nature certaine et devait dès lors rentrer dans la loi, bien qu'elle n'eût pas une substance certaine, et dût conséquemment, suivant lui, en être exclue. Et alors la discussion s'engageait à propos de la nature et de la substance, sur l'expression de la loi de Justinien *quantitatem*, et sur la différence de la *quantitas in substantivo* et du *quantus in adjectivo*[3].

De cette discussion sortait une troisième opinion, suivie par Accurse, Odofredus, Cynus et Albéric, qui, s'appuyant à la fois de la loi *ubi autem* pour la définition de l'*incertum*, et de la loi *certum* pour celle du *certum*, disait qu'il y avait quantité certaine, suivant les expressions de la loi de Justinien, lorsqu'il y avait corps certain ou espèce certaine, *species sive corpus certum*, et nature certaine, lorsqu'il y avait nature définie, quand même cette nature n'était définie qu'*in genere*, *quando res debita certos fines habet, licet debeatur in genere, ut servus, equus vel bos in genere*. Cette notion des cas certains ne laissait dans la catégorie des cas incertains que les contrats ayant un fait pour objet, *incerti vero quando nec quantitas nec natura rei in dispositionem deductæ certa est, nec in specie, nec in genere, ut quando non versatur datio sed factum in obligatione*. Mais cette opinion ne précisait pas la nature de l'obligation de faire, qu'elle reléguait au rang des contrats incertains, et on lui opposait le contrat de louage, expressément rangé par la loi de Justinien au nombre des contrats certains, bien qu'il eût un fait pour objet. Cette objection faisait naître la distinction du *factum merum* et du *factum mixtum*, sur laquelle les docteurs s'escrimaient à l'envi, pour parler comme Dumoulin,

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 21.

[2] « Certum est cujus species vel quantitas quæ in obligatione versatur, « aut nomine suo, aut ea demonstratione, quæ nominis vice fungitur, qualis « quantaque sit ostenditur. » (L. 6, D., *De reb. cred.*) — « Ubi autem non « apparet quid, quale quantumque est in stipulatione, incertam esse stipu- « lationem dicendum est. » (L. 75, D., *De verb. oblig.*).

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 21.

Digitized by Google

sed stupidum quam turbulenter hic doctores digladientur[1].

Pour renverser l'objection tirée de la loi de Justinien, un quatrième système voyait un cas certain dans tout contrat dont l'objet, fut-il même un fait, était susceptible d'une appréciation facile, *id quod communem recipit æstimationem*, comme s'il s'agissait de bâtir une maison ou d'élever un mur, et un cas incertain dans tout contrat dont l'objet n'était pas susceptible de cette appréciation, *in quo non cadit communis æstimatio*, comme s'il s'agissait d'aller à Rome. Ce système, qui appartenait à Jacques de Ruvigny[2], et qui, suivant Dumoulin, approchait plus que les autres de la vérité, n'en soulevait pas moins des objections. Il n'avait d'abord aucun texte qu'il pût invoquer à son appui, et de plus il conduisait à ce résultat que tous les contrats ayant un fait pour objet devenaient des cas certains, puisque tous étaient susceptibles d'une estimation, *saltem in rerum natura*. On oubliait que Jacques de Ruvigny avait dit *communem æstimationem*, et non pas seulement *æstimationem*[3].

Un cinquième avis, se renfermant dans la loi de Justinien et prenant pour reflet de la règle qu'elle posait les exemples qu'elle donnait à l'appui, qualifiait de contrats certains les contrats synallagmatiques. On lui répondait par la loi *ubi autem*, et Dumoulin ajoutait que cette opinion fantastique ne répugnait pas moins au sens commun qu'au sens légal, *phantastica et a mente legis et a sensu communi prorsus aliena*[4].

Une autre opinion, réunissant tous les textes des lois romaines qui définissaient le *certum*, soit au point de vue de l'obligation, soit au point de vue de l'action ou de l'aveu judiciaire, ou de la sentence, tenait pour cas certains ceux qui, d'après ces textes, l'étaient soit par rapport à l'action, ou à l'aveu, ou à la sentence : les cas incertains étaient ceux qui n'étaient certains à aucun de ces points de vue; et en effet,

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 22.

[2] « Et sic nullus proprius veritati accessit Jacob. Raven. qui fuit antiquus « doctor Gallus, scripsit ante ducentos sexaginta annos, et secundum Cyn. « fuit omnis philosophiæ summus magister; hunc etiam sacræ paginæ pro- « fessorem fuisse scripsit abbas Spantheta : eum quoque episcopum Verdu- « nensem in Lotharingiâ fuisse refert J. B. Caccia. » (Dumoulin *loc. cit.*, n° 23.)

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 23.

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 24.

Digitized by Google

ajoutait-on, *quum ab initio principaliter id quod interest in obligatione versatur, puta quum quis promisit quanti ea res erit, et sic incertam summam*[1]. Cette opinion aurait eu du moins les textes pour elle, si la loi de Justinien n'avait pas rangé dans l'ordre des cas incertains, des cas qui cependant étaient certains par rapport à la sentence, et n'avait pas manifesté par là que dans sa disposition, les cas certains devaient l'être *per certam quantitatem vel certam naturam ab initio inexistentem*[2].

Les cas certains, reprenait Bartole suivi par Balde, sont ceux qui ont une nature telle qu'ils reçoivent une estimation facile, soit par eux-mêmes, soit par leurs accessoires, *reepectu sui vel adjuncti*, et par accessoires Bartole entendait une estimation convenue, *interesse conventum*, ou facile à faire d'après l'appréciation commune, *communem æstimationem rei secum commutandæ*. Cette opinion conduisait à ce résultat, qu'un contrat incertain dans son principe pouvait devenir certain par l'adjonction d'une obligation corrélative certaine, et que le contrat de mandat, par exemple, incertain de sa nature, devenait certain par l'adjonction d'un salaire au profit du mandataire : *quod est falsum, absurdum et iniquum*, disait Dumoulin[3].

Dans un huitième avis, tous les contrats étaient des cas certains, *quia*, alléguait-on, *semper certam habent quantitatem vel naturam, etiam si merum factum vel quod interest sit promissum*, et il n'y avait de cas incertains que quand l'*interesse* dérivait de délits ou de quasi-délits. Les textes ne manquaient pas pour battre cet avis en brèche, et il suffisait de lui opposer les lois 68 et 103, D., *De verb. oblig.*[4].

Alciat voulait qu'il y eût cas certain lorsque l'*interesse* était d'une preuve facile, et cas incertain dans l'hypothèse contraire, sans distinction entre les obligations de donner et les obliga-

[1] L. 75, D., *De verb. oblig.*; L. 6, D., *De reb. cred.*, déjà citées.— L. 9, D., *eod. tit.* : « Certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione ex « qua certum petitur, sive ex certo contractu petatur, sive ex incerto..... » — L. 6, D., *De confess.* : « Certum confessus pro judicato erit; incertum non « erit..... » — § 32, Inst., *De action.* : « Curare autem debet judex ut omni- « modo, quantum ei possibile sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, « etiamsi de incerta quantitate apud eum actum est. »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 25.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 26, 73 et 80.

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 27.

Digitized by Google

tions de faire ; *nec hæc sententia,* ajoutait Dumoulin, *caret ratione, sed privatur sensu communi*[1].

Enfin, suivant Rebuffe, par quantité il fallait entendre *quod consistit in pondere, mensura vel numero*, et par nature, *res animatas duntaxat, eo quod his certam naturam Deus indiderit.* Il n'était pas éloigné de la vérité sur le premier point, mais quant au second, lorsqu'on lui opposait que dans le Corps de Droit, les choses incorporelles, les droits, les servitudes, étaient considérés comme ayant une nature, il répondait que Justinien n'avait pas entendu le mot *naturam* dans le même sens que les jurisconsultes du Digeste; à quoi il n'y avait rien à rétorquer, sinon ce que rétorquait Dumoulin, *in hoc communem sensum desidero*[2].

On s'accordait généralement à dire que les délits et les quasi-délits devaient être comptés au nombre des cas certains, d'où suivait qu'il importait peu, pour l'application de la loi, que l'*interesse* découlât d'une simple omission ou d'un fait dolosif. Cette opinion venait d'Accurse, qui l'établissait ainsi : la loi, par ces termes *omnibus contractibus*, a entendu les contrats susceptibles de donner naissance à l'*interesse singulare*, le seul qu'elle règle, ceux par conséquent que les textes disent formellement susceptibles de cet *interesse*, ou même ceux sur lesquels ils se taisent, car dans le doute on doit conclure à l'application de l'*interesse singulare*, et dans ce dernier ordre se placent les délits[3]. Jean Faber avait seul fait quelque difficultés d'admettre cette solution avant Alciat, qui la repoussait formellement en professant *delicta ratione doli incerta esse*[4].

V. *Doctrine de Dumoulin sur l'*interesse *et ses divisions.* — Le simple exposé qui précède, tout incomplet qu'il est, prouve que les docteurs avaient moins en vue, dans leurs discussions sur l'*interesse*, l'intelligence exacte et l'interprétation doctrinale des lois romaines sur la matière, que la constitution d'une théorie qui pût à la fois satisfaire aux exigences de la pratique journalière et ne pas trop contrarier les textes du Corps de Droit. On ne comprendrait pas, sans cette observation, qu'ils négli-

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 29.

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 30.

[3] Accurse, sur la loi un., C., *De sentent. quæ pro eo quod interest.*, gl. *In omnibus*, et gl. *In contractibus*.

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 154.

Digitized by Google

géassent la distinction fondamentale des lois romaines sur la matière entre les actions *stricti juris* et les actions *bonæ fidei*, et qu'ils invoquassent sans cesse, à l'appui d'une même hypothèse, des textes se rapportant les uns à celles-ci, les autres à celles-là, tandis que chacune de ces deux sortes d'actions était régie par des principes spéciaux, le plus souvent opposés [1].

Leur mission, comme praticiens aussi bien que comme savants, était de tirer des lois romaines les notions qui étaient applicables à l'ordre social au milieu duquel ils vivaient, de les élucider, de les préciser, d'établir enfin, si l'on peut ainsi parler, les axiomes de la théorie de l'*interesse*, sauf au temps, aidé de la pratique, à réduire peu à peu le nombre des controverses de détail que ces axiomes auraient laissées en suspens. Il leur suffisait peut-être, pour atteindre ce but, de s'attacher à la théorie de l'*interesse*, telle que le droit romain l'avait établie pour les actions *bonæ fidei*, et de l'accommoder, par quelques légères modifications, au droit moderne. La tendance de leurs études les poussa dans une voie différente : « Quas autem in-« numeras ambiguitates et contrarietates invenerunt hucusque « Gl. et Dd., non in ll. ipsis invenerunt, sed ex sese invexe-« runt, quum ex ignorantiâ legalis æquitatis, tum praxis rerum-« que præsertim judicialium inexperientiâ. » On peut en croire Dumoulin qui passa douze ans et plus à étudier leurs systèmes, « quibus olim ipse quoque plus duodecim annis laboravi [2]. »

Ce que les Glossateurs n'avaient pas fait, Dumoulin le fit dans son *Tractatus de eo quod interest*. Ce traité se divise en deux parties : dans la première, Dumoulin réfute les erreurs répandues par les docteurs sur la matière et leur oppose les véritables principes; dans la seconde, il examine, sous le titre de *quæstiones*, un certain nombre de difficultés, telles que celles-ci : quelle est la base légale de la loi de Justinien? — Quel est le simple du double que cette loi défend de dépasser? — L'estimation du *quanti plurimi* tombe-t-elle sous le coup de la loi? — La loi est-elle applicable au cas où le fait qui donne naissance à l'*interesse* porte sur une partie seulement de la chose, au lieu de porter sur la totalité? — L'est-elle au cas où la chose à l'occasion de laquelle naît l'*interesse* n'a qu'une existence temporaire? — Que décider au cas où cette chose a

[1] Conf. Molitor, *Des obligations en droit romain*, t. I, chap. 20.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 6.

Digitized by Google

reçu depuis le contrat une augmentation fortuite? — *Quid* des délits? — L'*interesse conventum* doit-il être abandonné sans limites à la discrétion des parties [1]? etc. Le véritable siége de la matière se trouve dans la première partie; la seconde n'en mérite pas moins une sérieuse attention, en raison des développements qu'elle donne parfois aux principes posés dans la première, et des corollaires qu'elle y ajoute pour les compléter.

Avant tout, dit Dumoulin au début, il faut s'entendre sur le sens des mots qu'on emploie. Le mot *interesse*, dans la langue du droit romain, a deux sens : l'un étendu, *largè sumptum*, où il est pris pour tout avantage qui peut ressortir d'une chose au profit de quelqu'un, *pro omni eo quod ad nostram utilitatem pertinet;* l'autre restreint et déterminé, *respectivè sumptum*, où il est pris pour ce qui vient s'ajouter à la chose en compensation d'un gain manqué ou d'une perte éprouvée par quelqu'un à l'occasion de cette chose, *ad differentiam rei seu debiti principalis... pro accessione extrinsecus ob damnum acceptum vel lucrum amissum accedente* [2]. Les jurisconsultes emploient aussi quelquefois les termes *utilitas, accessio, causa*, pour exprimer des idées analogues à celles que réveille le mot *interesse*. *Utilitas* s'emploie dans les deux sens de l'*interesse; accessio* est moins étendu que l'*interesse largè sumptum*, et moins restreint que l'*interesse respectivè sumptum*, il comprend *quidquid accedit, sivè causam rei, sive usuras, sive quod extrinsecus interest, aut quodvis aliud incrementum accessorium. Causa* se prend, tantôt pour l'avantage retiré spécialement de la chose elle-même, *quodam modo est pars, saltem sequela naturalis ipsius rei*, tantôt, quoique plus rarement, pour tout avantage indistinctement [3].

L'*interesse* dont s'occupe la loi de Justinien, est l'*interesse respectivè sumptum*, et il prendra source, non point dans la chose, non point même dans le contrat dont elle est l'objet, mais dans un fait indépendant, tel que le retard, une faute ou

[1] La première partie du *Tractatus de eo quod interest*, va du n° 1 au n° 57 de ce traité; la seconde du n° 57 au n° 219 et dernier. — La première *quæstio* va du n° 57 au n° 66; la deuxième, au n° 101; la troisième, au n° 104; la quatrième, au n° 124; la cinquième, au n° 135; la sixième, au n° 150; la septième, au n° 154; la huitième, au n° 159; la neuvième, au n° 176. — Les derniers numéros sont consacrés à l'examen de quelques points de détail.

[2] L. 3, D., *De eo quod certo loco;* L. 21, § 3, D., *De act. emp.*

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 9, 10 et 11.

Digitized by Google

une omission dans l'exécution. La loi de Justinien le dit elle-même[1].

Comment le définir au point de vue de ses éléments? Il faut dire avec les lois romaines, avec la Glose, et malgré les railleries des Bartolistes, qu'il consiste dans le gain qu'on a manqué et dans le dommage qu'on a éprouvé, *lucrum cessans*, *damnum emergens*. Mais il ne faut rien dire de plus; n'ajoutez pas le mot *æstimatio*, qui répugne à une définition de la substance de l'*interesse*, et ne réveille qu'une idée d'appréciation; ne dites pas, avec Bartole, *ex facto vel commisso*, il ne s'agit ici que de l'essence de l'*interesse*, et non de ses sources[2].

Cette notion de l'*interesse* rend superflues les longues et pénibles discussions de la Glose sur ses diverses espèces.

On parle d'abord d'*interesse intrinsecum* et d'*interesse extrinsecum*. D'où vient cette terminologie? où se trouve-t-il une loi d'où l'on ait pu logiquement tirer l'*interesse intrinsecum?* Est-ce la loi 21, § 3, D., *De act. emp.*, dont les docteurs n'ont pas compris le sens, dans ces mots qu'elle contient : *quæ circa rem consistit?* — Sans doute la pensée qui se cache sous cette phraséologie barbare est vraie, puisqu'il y a des avantages qui découlent de la chose elle-même sans le secours d'aucun fait juridique étranger; mais ces avantages rentrent dans la classe de ceux que le droit qualifie d'*accessiones*, et dès lors ils n'ont rien à voir ici. A quoi bon dès lors jeter dans une matière une division dont l'un des termes y est complétement étranger[3]?

On parle ensuite d'*interesse singulare, commune, conventum*. Il semble à premier examen que cette division doive mieux se

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 11. « Nos autem dicimus quòd quidquid interest « strictè sumptum, *de quo in hâc lege et passim in jure*, semper est extrà « rem, sive extrinsecum : nedùm extrà rem, sed etiam extrà ejus causam pro- « priè et strictè sumpto vocabulo, quum à re non causetur, sed extrinsecùs « propter moram vel culpam sive committendo sive omittendo admissam, « veniat. »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 7. « Si commissa est stipulatio, ratam rem domi- « num habiturum, in tantum competit in quantum meâ interfuit, id est, « *quantum mihi abest, quantumque lucrari potui.* » (L. 13, D., *Rat. rem hab.*)

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 13. — Gabriel de Gast, *loc. cit.* « Dignum illud « imprimis animadversione fuerit quod hæc verba *Circa rem* interpretati « sunt intra rem, quum etiam nolentes intelligerent plurimum inter se dif- « ferre..... Id quod circa rem est extra rem non intra, sed prope et juxta « est, ut in summa circa rem et extra rem eo solum distinguatur quod illud « proprius contineatur, hoc longius excurrat. »

Digitized by Google

soutenir que la précédente. La raison ne la repousse pas, et le droit l'applique lui-même, soit à l'*utilitas*, soit à l'*interesse* [1]. Aussi Dumoulin l'avait-il acceptée, lorsqu'il aborda cette matière, en ne l'appliquant toutefois qu'à l'*interesse largè sumptum*. Plus tard l'expérience la lui fit rejeter, même pour cette hypothèse, comme inutile, *ob nimiam et supervacuam curiositatem*, et propre seulement à entretenir les ténèbres dans une matière déjà trop obscure, *ob confusionem doctrinæ et inextricabiles labyrinthos qui inde oriuntur* [2].

A plus forte raison, ajoutait-il, cette division doit être rejetée de l'*interesse respectivè sumptum;* de quoi s'agit-il dans cet *interesse?* D'une appréciation qui varie avec les personnes et avec les circonstances, comme l'intérêt qui en fait l'objet, d'où suit qu'alors l'*interesse* est invariablement *singulare*, *semper est singulare cujusque suum interesse;* c'est le droit lui-même qui nous l'apprend en accouplant le plus souvent l'expression *cujusque* ou une autre équivalente à cette sorte d'*interesse* [3]. Que deviennent alors et l'*interesse commune* et l'*interesse conventum?* Le premier est inconciliable avec l'esprit et la lettre de la loi de Justinien; pour le second, de deux choses l'une : ou l'on a stipulé vaguement qu'il serait dû une indemnité dans tel ou tel cas fixé, et, comme l'estimation de cette indemnité reste toujours en question, on retombe de nouveau dans l'*interesse singulare;* ou l'on a fixé le chiffre de l'indemnité, et, la clause pénale qui contient cette fixation prenant la place de l'*interesse singulare* qu'elle règle, il n'y a plus lieu de s'en préoccuper [4].

Aux distinctions créées par la glose et les docteurs, Dumoulin en substitue deux qu'il tire des lois elles-mêmes. Si l'on considère l'*interesse* dans ses éléments essentiels, il se compose tantôt du gain qu'on a manqué, tantôt de la perte qu'on a éprouvée. A la considérer dans ses éléments secondaires et accidentels, tantôt il s'apprécie d'après le gain manqué ou la perte éprouvée d'une manière immédiate, tantôt d'après le gain manqué ou la perte éprouvée d'une manière médiate [5].

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 14, 15, 16.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 17.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 12.
[4] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 15 et 17.
[5] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 12. — L. 2, D., *De eo quod certo loco.* — L. un.,

Digitized by Google

VI. *Des casus et des casus certi et incerti.* — On a vu déjà de quelle manière Dumoulin réfutait les opinions diverses des docteurs sur le sens et la portée de ces mots de la loi de Justinien. La science déployée pour les soutenir l'avait frappé à une première étude, et il avait cru d'abord posséder complétement la matière en parvenant à les retenir; mais plusieurs années d'une pratique assidue l'amenèrent bientôt à se poser ce dilemme : Ou je n'ai pas compris, ou les docteurs n'ont écrit que fables et absurdités. *Utrumque verum esse deprehendi,* ajoute-t-il. Il se remit donc à l'étude avec cette passion de la vérité qui lui était propre, et, après de longs efforts, il en arriva à comparer les systèmes émis avant lui aux fantaisies bizarres d'une peinture bariolée et aux caprices d'une imagination en délire [1].

Par le mot *casus*, dit Dumoulin, la loi de Justinien entend, non pas d'une manière générale tous les contrats ou tous les faits qui peuvent engendrer une obligation, non pas même certains contrats, mais d'une manière spéciale le contrat ou le fait qui, dans une hypothèse fixée, donne naissance à l'obligation d'une indemnité, *contractum vel negotium cum suâ circumstantiâ ex quo oritur obligatio ad interesse.* Toute autre explication conduirait à cette conséquence inadmissible que la loi s'est servie dans sa disposition de termes contraires à cette disposition même [2].

Puis la loi ajoute *casus qui certam naturam vel quantitatem habent.* Quand peut-on dire d'une chose qu'elle a une quantité certaine, sinon quand elle peut s'apprécier au poids, au nombre et à la mesure, *res consistens in certo, hoc est, determinato numero, pondere, vel mensurâ?* Et qu'elle a une nature certaine, sinon quand elle forme un tout distinct, susceptible d'une appréciation facile, *res certis suis finibus taliter determinata ut*

C., *De sent. quæ pro eo quod inter. profer.* — L. 13, D., *Rat. rem hab.* — L. 21, § 4, D., *De act. emp.*

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 38 : « At ego quum supra quindecim annos huic « legi cum apparatu Bart. et Bal. scholastico more studuissem, pulchrè mihi « videtur materiam hanc totam intelligere, eo quod Gl. et Dd. definitiones « memoriter tenerem, certamque ex eis velut decisionum ideam mente con- « cepissem : at postquam aliquot annos praxi forensique palestrâ exercitatus « fui, sensi me aut nondùm intellexisse, aut Gloss. et Dd. commenta falsa « esse... . Quæ tum mihi visa sunt sicut pictæ parietibus tabulæ et puerila « figmenta..... »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 3 et 41.

Digitized by Google

certum totum quoddam vel integrum efficiat, certam etiam communem æstimationem recipiens, ut duplari vel adpretiari... possit [1]. Il y aura donc cas certain, lorsque le contrat ou le fait, à l'occasion duquel naîtra l'*interesse*, aura pour objet une chose certaine, ou se rapportera à une chose certaine; cas incertain, dans l'hypothèse contraire [2].

La glose et les docteurs ont erré sur ce point pour un double motif : d'abord, parce qu'ils n'ont pas suffisamment discerné l'*interesse* en soi du contrat et de la chose, objet de ce contrat; ensuite, parce qu'ils n'ont pas su fixer les rapports de ces trois éléments entre eux. La première erreur les a conduits à ranger dans la classe des contrats incertains ceux qui ont pour objet un *factum limitatum*, comme la tradition d'un fonds de terre, la construction d'une maison. La seconde les a portés à classer parmi les cas incertains ceux dans lesquels l'*interesse* naît d'une faute ou d'un retard, par le motif que la faute ou le retard n'a de soi ni nature ni quantité certaine [3].

Trois conditions sont nécessaires pour qu'il y ait cas certain dans le sens de la loi de Justinien : il faut que le contrat ou le quasi-contrat ait pour objet une chose certaine, *quod subsit debitum principale certum;* — qu'il y ait cas d'*interesse* et d'*interesse extrinsecum;* — enfin que le fait qui donne naissance à l'*interesse* ait un rapport direct avec le contrat principal, et n'ait pas lui-même un autre objet spécifique, *quod casus hujus extrinseci interesse* (*id est, contingentia ipsa, ex qua oritur et debetur hoc interesse*), *respiciat rem illam certam principalem tantum, nec habeat aliud specificum objectum* [4].

Quelques exemples mettront ces notions en lumière. Suivant l'hypothèse prévue par la loi 13, D., *De act. emp.*, vous m'avez vendu des poutres pour étayer ma maison, mais vous ne me les avez pas livrées à l'époque fixée, il n'y a eu toutefois dans votre retard aucune intention dolosive; si je n'ai pas souffert de ce retard, il n'y a pas cas d'*interesse*, et la loi de Justinien n'a rien à faire dans ce cas; si, au contraire, ce retard m'a porté préjudice, il y a cas d'*interesse*, et comme ce retard a un rapport direct avec l'objet de la vente, les poutres, qui sont une chose

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 4 et 43.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 4, 43, 45.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 43, 45.
[4] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 42 à 47, 74 à 77.

Digitized by Google

ayant *quantitatem et naturam certam*, il y a cas certain. — Supposez maintenant que vous ayez méchamment tardé à me livrer les poutres, sachant que la ruine de ma maison pouvait s'ensuivre, et qu'elle s'en soit en effet suivie, alors votre retard a pour objet, non plus les poutres, mais *specificum illud detrimentum domus meæ rerumque mearum*, c'est-à-dire un objet n'ayant ni *certam quantitatem*, ni *naturam limitatam*, et dès lors le cas sera incertain [1].

Pressons de plus près ce dernier point. Supposez avec les lois 6, § 1, D., *De act. emp.*, et 19, § 1, D., *Loc. cond.*, qu'un fabricant de vases ou un tonnelier vous vende ou vous loue des vases ou des tonneaux destinés à recevoir des parfums ou du vin ; les vases sont défectueux, ils se brisent et les parfums s'épandent, les tonneaux sont de mauvaise qualité, ils se disjoignent et le vin s'échappe. Il y a là cas d'*interesse extrinsecum*, et de plus cas incertain. Pourquoi? Dumoulin recommande le motif, *attende causam*. Le marchand de vases ou le tonnelier est en faute, et sa faute a rapport, non point à l'objet principal du contrat, les vases ou les tonneaux, mais au risque que pouvaient courir les choses qu'on y devait déposer et qu'il a dû prévoir, *sed expresse ab initio prævisum aliarum rerum periculum*. Pourquoi encore? Parce que, du moment où il professe son art, il affirme tacitement et *ipso facto* que les objets qu'il vend sont propres à l'usage auquel ils sont destinés : *tum ea culpa non respicit nudum corpus vel usum vasis, sed periculum liquoris infundendi... hoc ergò periculum... est verum ; proprium et specificum objectum dictæ culpæ*. Or, au moment du contrat, ce risque est incertain, et dans son existence et dans ses suites [2]. — On pourrait appliquer ces principes au cas précédent, en supposant que celui qui avait vendu les poutres était un charpentier [3].

Admettez maintenant que, surpris par une récolte plus abondante que je ne l'avais espéré, je manque de tonneaux, que j'en achète de mon voisin plusieurs au prix qu'il les a achetés lui-même, et que bientôt, par suite d'un vice de confection qu'il ignorait, ces tonneaux se brisent et que mon vin s'échappe, le voisin ne sera pas tenu de la réparation du dommage, *non sus-*

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 4 et 48.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 49 et 50.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 51, 52, 53.

Digitized by Google

cepisti in te peristasim nec periculum, quia hoc non fuit actum nec aliquam industriam professus fuisti, sed potius tacitè actum fuit quòd duntaxat in istis dotiis loco tui me surrogares [1].

De ces divers exemples ressortent déjà deux principes importants dans la matière : le premier relatif à la distinction du cas où le fait générateur de l'*interesse* est dolosif, et de celui où il ne l'est pas ; le second relatif à la fiction qui place le germe de l'*interesse* dans une convention tacite des parties contemporaines du contrat. Nous retrouverons ailleurs le développement du premier ; le second se présente sur le seuil de la deuxième partie du *Tractatus*, que nous touchons maintenant, et sous la forme de la première question, *quæ sit ratio decidendi hujus legis?* AUBÉPIN.

DU JURY ET DU CARACTÈRE GÉNÉRAL DE SES ATTRIBUTIONS.

Par M. Th. Bazot, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Gien (Loiret).

DEUXIÈME ARTICLE [2].

Nous abordons maintenant l'examen de la troisième opinion, et que le lecteur se rassure, celle-ci ne nous arrêtera pas aussi longtemps que la précédente. On se rappelle en quoi elle consiste : distinguant entre les crimes définis par la loi et ceux qui ne le sont pas, M. Dalloz soutient qu'à l'égard des premiers le jury doit se borner à statuer sur les faits matériels, la Cour ayant seule compétence pour apprécier la qualification légale, mais qu'à l'égard des seconds la vérification de l'accusation tout entière appartient au jury. En l'absence d'une définition légale, il n'y a pas de qualification possible ; la question de savoir si tel fait constitue le délit prévu par la loi est nécessairement une question de fait ; si elle a ce caractère, elle rentre exclusivement dans les attributions du jury. Ce système me paraît reposer sur une confusion évidente : qu'il s'agisse d'une

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 54, 55.
[2] V. la *Revue critique*, t. XV, p. 444.

Digitized by Google

infraction définie par la loi ou d'une infraction non définie, jamais la question de savoir si le fait imputé à l'accusé constitue tel ou tel crime ne saurait être considérée comme *une question de fait*. Prenons un exemple dans une accusation d'*attentat à la pudeur* : avant que cette accusation arrive à la Cour d'assises, elle a été préalablement soumise à la chambre des mises en accusation. Or, devant la chambre des mises en accusation, la question de savoir si les faits relevés à la charge du prévenu constituent un *attentat à la pudeur* s'est élevée une première fois, et plus tard devant la Cour d'assises, elle s'est posée dans les mêmes termes. Si c'est une question de fait, la chambre des mises en accusation statuera souverainement, et son arrêt échappera à la censure de la Cour de cassation : M. Dalloz reculerait devant ce résultat, et cependant il n'est qu'une conséquence logique du principe qu'il a émis. Il est aussi des délits que le législateur a oublié de définir, l'outrage public à la pudeur, par exemple : M. Dalloz appliquera-t-il à la juridiction correctionnelle la règle qu'il énonce pour les Cours d'assises? S'il dit non, je demande pourquoi il distingue là où il y a même raison; s'il dit oui, alors les tribunaux correctionnels, sauf l'appel, statueront souverainement, et un arrêt confirmatif ne pourra jamais être cassé par la Cour suprême pour fausse qualification. L'opinion de M. Dalloz est donc basée sur un principe erroné.

Le savant auteur du *Répertoire* dit en parlant des crimes qui n'ont pas été définis par le législateur : « Le point de savoir, en « l'absence de toute définition, si tel ou tel fait présente le crime « ou le délit qui a été prévu par la loi est *nécessairement une « question de fait* que la *conscience seule du jury* est appelée à « résoudre. » Mais alors ne vaudrait-il pas autant prétendre que cette catégorie d'infractions constitue des crimes arbitraires, puisqu'on laisse au sentiment vague de la conscience le soin d'en déterminer les caractères? Et puis, dans cette opinion, combien singulier le système de la loi : devant la chambre des mises en accusation la qualification est une question de droit qui doit être résolue scientifiquement, sous le contrôle de la Cour de cassation, et devant la Cour d'assises, ce n'est plus qu'une question de fait livrée aux impressions et à l'irresponsabilité du jury!

Sans doute l'absence de définition crée une difficulté, mais

Digitized by Google

il est des moyens scientifiques de la résoudre : l'acception juridique de la dénomination adoptée par le législateur, l'étude des législations antérieures, l'examen des travaux préparatoires, la jurisprudence. C'est montrer assez que la question n'est plus une question de conscience et que sous ce rapport encore elle dépasse l'aptitude et les lumières du jury.

L'opinion de M. Dalloz est en outre jusqu'à un certain point contradictoire : c'est M. Bourguignon qui lui adresse ce reproche, et, en bonne conscience, je ne vois pas de moyen d'en disculper l'auteur du *Répertoire*. M. Bourguignon s'exprime ainsi à la page 585 du tome II de son ouvrage : « On consent à « leur (les jurés) attribuer la qualification des crimes dont la « loi n'a pas déterminé les caractères, et on leur dénie l'attri- « bution de ceux dont les caractères sont déterminés par une « loi précise et formelle. Ne voit-on pas d'abord que leur tâche « présente beaucoup plus de difficulté dans le premier que dans « le second cas; que les caractères précisés par la loi sont « beaucoup plus faciles à reconnaître que ceux dont elle n'a « point fait mention; qu'ainsi, en faisant aux jurés la première « attribution, il ne reste aucun motif raisonnable de leur re- « fuser la seconde? »

Je ne saurais donc admettre la distinction proposée par M. Dalloz, parce qu'elle viole un principe que je considère comme fondamental : la séparation du fait et du droit.

J'arrive maintenant à parler de l'opinion de M. Rauter : le savant professeur distingue entre les crimes qui consistent dans un *fait purement naturel*, dont la dénomination appartient à la langue vulgaire, et ceux dont les caractères, sans égard au sens naturel des mots, ont été arbitrairement fixés par la loi positive. L'accusation portant sur les premiers doit être vérifiée tout entière par le jury; quant à l'accusation portant sur les seconds, les jurés déclareront seulement les faits matériels, et la Cour décidera si à ces faits déclarés par le jury s'appliquent les conditions légales constitutives de tel ou tel crime. Je pourrais peut-être reprocher à cette distinction de manquer de base, parce que notre législation pénale n'offre pas, à vrai dire, de crimes dont la dénomination appartienne pleinement à la langue usuelle : mais ce serait là une fort mince querelle et, d'accord au fond avec le savant professeur, j'aime mieux insister sur cette concordance qui assure à mon opinion l'au-

Digitized by Google

torité de son nom. Dans l'extrait substantiel que nous avons emprunté à son ouvrage et que nous avons rapporté plus haut, M. Rauter pose, ainsi que nous, le principe de la séparation du fait et du droit, accorde au jury l'appréciation du premier et à la Cour l'appréciation du second. Il reconnaît aussi avec nous que cette règle essentielle est absolue : du moins il n'y apporte qu'une restriction qui est dans la nature même des choses. Dans une accusation de meurtre, lorsque le jury, à une question ainsi conçue : P... est-il coupable d'avoir volontairement donné la mort à N...? a répondu affirmativement, il est vrai de dire qu'il a épuisé l'accusation sous le rapport du fait et du droit. La formule de l'interrogation adressée aux jurés se rencontre si exactement avec le sens légal que le fait et le droit ne font plus qu'un, et alors le verdict du jury, en même temps qu'il statue sur le fait, fixe nécessairement la qualification légale qui se trouve ainsi imposée par la force de cette synonymie à la Cour d'assises. Cette explication était nécessaire, car l'opinion de M. Rauter mal comprise pouvait conduire à une position de question que je considère comme vicieuse; en effet, je n'admettrais pas que le jury pût être interrogé dans les termes suivants : P... est-il capable de meurtre sur la personne de N...? Boitard, de si regrettable mémoire, a fait sentir mieux que personne le vice de cette formule : peu de jurés seront en état de la résoudre; il en est d'abord qui pourront confondre le meurtre avec l'homicide, il en est un plus grand nombre qui ne sauront pas distinguer le meurtre d'un crime qui a avec lui tant d'analogie, les blessures faites volontairement, sans intention de donner la mort, et l'ayant pourtant occasionnée. Le mot *meurtre* a un sens légal précis : aussi, dans la formule de question adressée au jury, doit-on lui substituer des mots qui appartiennent plus complétement au langage commun.

J'aurais fini si je n'avais négligé de m'expliquer sur l'opinion consacrée par la jurisprudence : le moment est venu d'en aborder l'examen. J'ai dit, en exposant les divers systèmes suivis sur notre importante question, que la jurisprudence et un certain nombre d'auteurs avaient souvent consacré le principe de la séparation du fait et du droit en affirmant que les jurés étaient juges du fait et les magistrats juges du droit. Ce système est aussi le mien : suis-je donc complétement d'accord avec eux? Je le voudrais, car je me sentirais plus fort de leur autorité :

Digitized by Google

malheureusement il me faut renoncer à ce puissant patronage. La maxime de la séparation du fait et du droit proclamée par certains arrêts de la Cour de cassation a été, par d'autres arrêts de la même Cour, si formellement violée qu'on ne sait plus en définitive si elle existe à l'état de principe reconnu par la Cour suprême. Quant aux auteurs, après lui avoir rendu un hommage purement théorique, ils déclarent cette maxime inconciliable avec la pratique, et ils trouvent dans cette divergence sa condamnation.

Comme on le voit par cet aperçu, il nous reste encore deux points importants à traiter : 1° Les contrariétés qu'on remarque dans les arrêts doivent-elles être considérées comme des contradictions que doit repousser une saine logique, ou au contraire comme des distinctions soumises à des règles raisonnables? 2° Convient-il de faire prévaloir les habitudes de la pratique sur un principe trop absolu, en d'autres termes, le système d'une complète séparation du fait et du droit est-il impraticable?

Dans la revue que nous allons faire de la jurisprudence, on comprend que nous devons nous imposer des limites nécessaires : nous n'examinerons que des arrêts de la Cour de cassation, et encore bornerons-nous notre examen à quelques-uns seulement.

Sur les questions importantes de notre droit, la jurisprudence de la Cour suprême a éprouvé d'assez fréquentes oscillations : ne soyons donc pas surpris de la voir consacrer à l'origine un système qu'elle a abandonné plus tard. Jusqu'en 1820, époque où intervint un arrêt demeuré célèbre, la Cour de cassation semblait pencher vers l'opinion de M. Bourguignon; dans une accusation portée contre l'ex-colonel Viriot d'avoir proféré des discours séditieux, la Cour d'assises se borna à soumettre au jury le fait des discours et celui du lieu où ils avaient été tenus, mais il ne fut rien inséré dans les questions sur le but de ces discours ni sur les provocations. La déclaration du jury fut affirmative, et sur cette déclaration la Cour d'assises condamna Viriot à dix ans de bannissement. Cet arrêt a été cassé, le 11 octobre 1816, par un arrêt de la Cour de cassation dont nous citerons le motif suivant : « Attendu qu'au jury seul la loi a délégué le droit de décider les faits de l'accusation; que ce droit n'est pas borné au fait matériel, qu'il s'étend aussi à la moralité de ce fait, et à *toutes les circonstances qui peuvent lui*

Digitized by Google

donner un caractère criminel ou modifier ce caractère. »

Un arrêt du 2 octobre 1819 a, dans une accusation de même nature, confirmé cette jurisprudence en l'appuyant des mêmes motifs. Mais le 28 décembre 1820, la Cour de cassation, par un arrêt rendu au rapport de M. Busschop et sous la présidence de M. Barris, changea sa jurisprudence pour en adopter une qui, au moins en matière de faux, est restée définitive. Il importe de rapporter quelques-uns des motifs de cette remarquable décision :

« Attendu, porte cet arrêt, que les jurés ne sont juges que des « faits d'une accusation, et des circonstances de moralité qui « peuvent rendre coupable celui qu'ils en déclarent l'auteur;

« Que la détermination du caractère des faits qu'ils ont ré- « connus, lorsqu'elle doit être faite d'après les dispositions d'une « loi qui en a réglé les éléments constitutifs, forme une ques- « tion de droit qui sort de la compétence des jurés, et rentre « dans les attributions des Cours d'assises;

« Qu'ainsi, dans une accusation de crime de faux, c'est aux « jurés qu'il appartient de prononcer sur les faits sur lesquels « cette accusation est fondée; mais que c'est à la Cour d'as- « sises à rapprocher ensuite les faits par eux déclarés constants « des dispositions des §§ 3, 4 et 5, sect. 1re, du chap. 3, tit. 1er, « liv. III, du Code pénal, et à juger si, d'après ce rapproche- « ment, ces faits constituent un faux, et si ce faux a le carac- « tère de crime ou de délit; que c'est à elle aussi à juger, d'a- « près les dispositions du Code Napoléon ou du Code de « commerce ou d'autres lois, si le faux est en écriture authen- « tique, ou en écriture de commerce ou de banque, ou simple- « ment en écriture privée;

« Que si l'article 337 du Code d'instruction criminelle, dans « la formule de question qu'il contient, dit qu'il sera demandé « au jury *si l'accusé est coupable d'avoir commis tel ou tel crime*, « cet article, qui n'est d'ailleurs que réglementaire, se réfère « nécessairement aux faits qui ont par eux-mêmes le caractère « de crimes, et non à ceux à qui ce caractère ne peut être « donné que par une conséquence raisonnée des lois pénales, « que les jurés peuvent ne pas connaître, et dont il est essen- « tiellement contraire à leurs attributions d'être en aucun cas « les applicateurs. »

L'arrêt rappelle le résumé de l'acte d'accusation, la question

Digitized by Google

posée par le président, sa modification après incident; enfin il conclut :

« Attendu que par la question ainsi posée, le jury a été rendu « juge de l'application des dispositions des articles 150 et 147 « du Code pénal, et qu'on l'a appelé à prononcer sur une ques- « tion de droit qui ne pouvait être résolue que par la connais- « sance de la théorie des lois et l'expérience de leur applica- « tion;

« Qu'il est en outre demeuré incertain si le jury, dans sa « réponse, a voulu décider négativement les faits de matéria- « lité et d'intention qui étaient portés dans la question, ou si, « en reconnaissant ces faits constants, il a voulu exercer l'at- « tribution illégale que lui offrait la question, et juger que, « d'après la loi, ces faits n'emportaient pas le crime de faux;

« D'après tous ces motifs, la Cour casse, etc. »

Ce serait amoindrir la portée de cet arrêt que de le considérer comme une application de principes particuliers en matière de faux; on ne saurait donner en effet aucune bonne raison pour motiver, ici et non ailleurs, ce droit spécial. Il faut voir, dans l'arrêt de 1820, l'expression d'une théorie générale formulée d'une manière vraiment magistrale.

Depuis, la Cour suprême a eu l'occasion de reproduire l'exposition des mêmes principes; elle a successivement décidé :

Que, dans une accusation de faux, le point de savoir *si l'écriture est publique* ne peut être directement résolu par le jury; la qualification légale ne peut être décidée que par la Cour d'assises (Cass., 11 mars 1830 ; Cass ,28 juillet 1851);

Que, dans une accusation d'attentat à la pudeur, la question de savoir si l'auteur avait *autorité* sur la victime est une question de droit réservée à l'appréciation de la Cour d'assises (Cass., 2 décembre 1843, 20 mars 1845, 3 novembre 1848, 17 janvier 1850);

Que, dans une accusation de fausse monnaie, la question de savoir si les pièces altérées, contrefaites ou fabriquées avaient *cours légal* en France est de la compétence exclusive de la Cour d'assises (Cass., 10 août 1826, 10 août 1839);

Que, dans une accusation de vol, la question de savoir si tel fait constitue une *escalade* ou une *effraction* appartient à la Cour d'assises (Cass., 27 juin 1828, 22 avril 1830, 7 juillet 1842, 25 juillet 1844, 25 février 1847).

Digitized by Google

Voilà, à ce qu'il semble, une série de décisions dérivant toutes d'un même principe et indiquant un système parfaitement arrêté. Malheureusement, cette unité est détruite par d'autres arrêts que nous allons rapporter.

Dans une accusation de vol qualifié, l'organe du ministère public avait demandé la position de la question suivante : cette soustraction frauduleuse a-t-elle été commise sur un *chemin public?* La question fut posée, résolue affirmativement, et les accusés condamnés aux travaux forcés à perpétuité. Ceux-ci se pourvurent en cassation et prétendirent que la question ainsi formulée donnait à juger au jury une question de droit ; sur ce pourvoi, la Cour suprême rendit l'arrêt suivant : « Attendu que la question relative au chemin public a été posée, « comme résultant des débats, sans aucune réclamation des « accusés ; — Attendu que cette question a soumis au jury « comme circonstance aggravante une circonstance prévue et « caractérisée par l'article 384 du Code pénal ; *qu'elle est posée « dans les termes mêmes de la loi*, et *ne pouvait l'être autrement*, et que le président s'est conformé à l'article 338 du Code « d'instruction criminelle ; — Attendu qu'*on ne peut appeler « question de droit un fait que la loi qualifie ;* qu'alors la qualification se confond avec le fait lui-même, et que les motifs « que l'accusé peut faire valoir pour établir que le lieu du crime « n'était pas un chemin public, doivent être déduits devant le « jury, qui seul a le droit de déclarer quel est le lieu où le « crime a été commis ; — Rejette. »

Cette question ainsi formulée impliquait-elle une difficulté de droit? Oui, car ces mots *chemin public* ont, dans l'article 384 du Code pénal, une acception stricte, différente de leur sens naturel, différente même du sens légal ordinaire. La plupart des auteurs et la Cour de cassation enseignent qu'il faut entendre ici par *chemin public* des lieux isolés, éloignés de tout secours humain ; qu'il ne faut pas appliquer cette qualification aux rues des villes et faubourgs ou aux parties de routes qui les traversent. Cette interprétation, fort raisonnable du reste, est fondée sur la comparaison de notre ancienne législation et sur les motifs de la loi. Les jurés ne sont pas des criminalistes, comment pourront-ils résoudre la question? n'est-il pas à craindre qu'ils se déterminent par le sens naturel des mots, et alors ils seront en contradiction avec la pensée du législateur? Il en

Digitized by Google

résultera contre l'accusé une aggravation qu'il n'avait pas encourue, sans que personne puisse corriger cette injustice. La Cour de cassation prétend que la question ne pouvait pas être posée autrement; rien de plus facile au contraire. Le président n'avait qu'à la rédiger en fait de la manière suivante : Cette soustraction frauduleuse a-t-elle été commise sur le quai Napoléon à l'endroit désigné sous le numéro....?

Cet arrêt est donc bien certainement en contradiction avec le principe consacré par celui du 28 décembre 1820, et c'est là une première négation de la maxime que les jurés ne sont que des juges du fait.

Par de nombreux arrêts, et notamment par celui du 2 septembre 1837, la Cour de cassation a jugé que, dans une accusation de faux en écriture de commerce, le jury devait être interrogé sur la qualification de lettre de change. Le point de savoir si l'écrit falsifié constitue une lettre de change, est une circonstance de fait propre à déterminer la nature commerciale de l'acte, et, comme circonstance de fait, elle doit nécessairement être déclarée par le jury. N'est-ce pas là une décision contraire au principe de la séparation du fait et du droit? J'en reste convaincu.

L'expression *lettre de change* n'appartient pas au langage du monde; elle indique un fait légal, soigneusement défini, composé d'éléments précis, déterminés, essentiels. Pour savoir ce qu'est une lettre de change, il ne suffit pas de descendre au fond de sa conscience ou de recourir au *Dictionnaire de l'Académie*, il faut de toute nécessité ouvrir le Code de commerce et se pénétrer du sens des articles 110 et suivants. Les jurés ont-ils pour cela mission et aptitude? La Cour de cassation a décidé en 1820, et maintes fois elle a reproduit depuis cette décision, que le jury ne pouvait pas apprécier si le faux était en écriture de commerce, et elle a toujours donné pour motif que cette appréciation dépendait de règles écrites au Code de commerce que le jury ignore. Eh bien! la même cause ne doit-elle pas produire les mêmes effets? Si les jurés ignorent le Code de commerce, peuvent-ils donc raisonnablement appliquer les principes consignés au chapitre relatif aux lettres de change? La preuve la plus certaine que le point de savoir si tel écrit constitue une lettre de change est un point de droit, c'est que l'arrêt de renvoi qui aura fondé une qualification sur cette ap-

Digitized by Google

préciation est sujet à cassation pour fausse interprétation des articles 110 et suivants. Comment admettre que, devant la Cour d'assises, la même question n'ait plus le même caractère?

On objecte que si le jury ne déclare pas cette circonstance que l'écrit est une lettre de change, l'accusation n'aura pas été purgée. Cette objection se reproduira souvent; examinons donc une fois pour toutes la portée de cette règle qu'on met en avant. Dans l'intérêt de la vindicte publique, tous les chefs d'accusation relevés par l'arrêt de renvoi doivent être l'objet d'un examen et d'une décision : l'accusation sera donc purgée toutes les fois qu'on aura statué sur tous les faits imputés à l'accusé et sur la qualification dont ces faits ont été revêtus. Faut-il en conclure que cette double question devra être résolue par le jury? Non, car la seconde porte sur une appréciation de droit qui n'est pas de sa compétence : les jurés doivent déclarer tous les faits matériels, principaux et accessoires, et la Cour fixe leur qualification; de cette façon il y a décision sur tous les points et l'accusation est purgée. Or, dans la fabrication d'une fausse lettre de change, quel est donc le fait matériel? C'est la fabrication d'un écrit, ayant une certaine forme, contenant certaines énonciations et portant certaines signatures. Si l'on demande aux jurés : « Tel écrit constitue-t-il une lettre de change? » il est manifeste qu'on ne l'interroge pas sur un fait matériel, perceptible à ses sens, mais bien sur un *caractère juridique fixé par une loi positive et arbitraire;* l'interrogation est donc surabondante pour épuiser l'accusation et elle est vicieuse au point de vue de la séparation des pouvoirs. A mon avis, la question au jury devra être ainsi posée : N... est-il coupable d'avoir à..., le..., fabriqué tel écrit ayant telle forme, contenant telles énonciations, portant telles signatures? Si la déclaration du jury est affirmative, la Cour, rapprochant les faits déclarés des dispositions du Code de commerce, décidera si l'écrit est une lettre de change, confirmera ou modifiera la qualification adoptée par l'arrêt de renvoi donnant dans tous les cas les motifs de sa détermination. Ce système a l'avantage, entre autres, de permettre le contrôle de la Cour de cassation, qui serait impossible si la qualification de lettre de change était déclarée par le jury.

L'arrêt du 2 septembre 1837 et ceux qui ont été rendus dans le même sens me paraissent donc contraires à la saine inter-

Digitized by Google

prétation de la loi, et c'est là une deuxième négation du principe que les jurés ne sont que des juges du fait.

La Cour de cassation a décidé, le 11 mars 1830, que, dans une accusation de destruction d'actes, le jury devait être interrogé sur le point de savoir si l'écrit contenait *obligation*, *disposition* ou *décharge*. J'aurais, à l'égard de cette décision, à reproduire les mêmes observations que sur l'arrêt du 2 septembre 1837 relatif aux lettres de change : je me borne donc à un renvoi et je conclus que l'arrêt du 11 mars 1830 contient, à mon sens, une troisième violation du principe de la séparation des pouvoirs.

La jurisprudence de la Cour de cassation nous offre l'exemple de divergences plus complètes : c'est ainsi qu'en matière de vol avec escalade et de fabrication de fausse monnaie, la Cour suprême a décidé que le jury devait déclarer qu'il y avait eu *escalade*, et que les pièces fabriquées avaient *cours légal* en France; d'autres arrêts que nous avons rapportés ont au contraire réservé cette appréciation à la Cour d'assises. La contradiction est directe : quelle jurisprudence préférer? Je n'hésite pas à adopter la dernière; malheureusement la première a prévalu dans la pratique. Contre l'arrêt du 26 mars 1812, je dirai, en invoquant les principes si sages contenus dans l'arrêt de 1820 : Pour décider qu'il y a eu escalade, il faut examiner les faits matériels établis et les rapprocher de l'article 397 du Code pénal pour voir s'ils rentrent dans les conditions légales; ce n'est donc que *par une conséquence raisonnée de nos lois* que la question pourra être résolue; c'est montrer assez que le jury n'a pas compétence. La même argumentation pourrait être présentée, en matière de fabrication de fausse monnaie, à l'égard de la circonstance du *cours légal :* le lecteur voudra bien la suppléer.

Je pourrais poursuivre plus loin cet examen et montrer comment la maxime que les jurés ne sont juges que du fait a été méconnue par d'autres décisions émanées de la Cour suprême; mais je serais entraîné trop loin et je dois m'arrêter. Cette revue critique à laquelle je viens de me livrer suffit pour établir ce que je voulais prouver : c'est que la jurisprudence n'offre pas de règle fixe, qu'elle a quelquefois proclamé les vrais principes, mais qu'elle les a souvent compromis dans l'application. Les contrariétés que nous avons signalées ne me semblent pas pou-

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

voir être expliquées par des distinctions raisonnables, elles restent pour moi comme des contradictions que ne saurait accepter une rigoureuse logique.

Avant de terminer sur ce point, je dois encore signaler une solution qui, malgré sa contrariété apparente avec la maxime de la séparation du fait et du droit, me paraît parfaitement conforme aux principes et à la maxime elle-même. La Cour de cassation a décidé, notamment par arrêts du 28 septembre 1825 et du 18 avril 1834, qu'il ne suffit pas que la Cour d'assises pose au jury les éléments matériels pour déduire ensuite de sa déclaration les circonstances caractéristiques de la tentative, qu'il n'appartient qu'au jury d'apprécier si les faits incriminés constituent une tentative. Mais c'est là, objectera-t-on, une question de droit réservée à la Cour d'assises! Je réponds : Non, il n'y a là qu'une question de fait. Le législateur ne pouvant pas indiquer par avance et d'une manière générale quels actes étaient simplement préparatoires, quels autres étaient d'exécution, en a abandonné l'appréciation aux lumières des magistrats chargés de statuer sur la prévention, et à la conscience des jurés. Cela est si vrai que l'arrêt d'une chambre d'accusation qui attribue à des faits le caractère d'actes préparatoires échappe à la cassation : ainsi jugé. Cass. 28 septembre 1825, 4 novembre 1827.

Je touche au terme de cette dissertation, car il ne me reste plus qu'à répondre à une objection présentée par certains auteurs. Les criminalistes auxquels je fais allusion reconnaissent l'exactitude théorique de la maxime que les jurés ne sont juges que du fait, mais en même temps ils déclarent l'application de ce système impraticable. L'objection est grave et mérite un sérieux examen.

Cette argumentation a été produite avec autorité par un magistrat expérimenté, M. Grellet-Dumazeau, dans la *Revue de législation* (voir année 1852, t. I, p. 279 et suivantes). Dans une accusation de vol avec escalade, ce magistrat examine si le jury pourrait être interrogé en ces termes : « Cette soustraction frauduleuse a-t-elle été commise *à l'aide d'escalade?* » Il se demande si la question ainsi formulée n'implique pas un point de droit et si ce point de droit peut être soumis au jury; puis il établit avec une logique irrésistible que cette rédaction présente à juger au jury une véritable question de droit, et il

Digitized by Google

ajoute que cette appréciation ne lui appartient pas. Mais il conclut en ces termes : « Cette solution nous paraît, en théorie, à « l'abri de toute contradiction; et cependant, nous l'avouons, « *elle ne nous satisfait pas, nous, hommes de pratique.* »

M. Grellet-Dumazeau déduit ensuite les raisons qui le déterminent :

Distinguer, dans un délit, entre un point de fait et un point de droit, est chose délicate quelquefois, souvent impossible. Cette distinction, facile dans le vol, épineuse dans le faux, ne peut jamais être faite dans les attentats aux mœurs, dans les outrages envers les fonctionnaires, enfin dans toutes les infractions que la loi n'a pas définies, et elles sont nombreuses. Il faut en conclure que cette division en point de fait et en point de droit n'est peut-être pas aussi juridique, en ce qui touche le jury, qu'elle paraît l'être; que du moins il ressort de la nature des choses elles-mêmes que la règle n'est pas absolue, et que, par suite, il pourrait être dangereux d'en trop forcer l'application. Que les magistrats directeurs de l'information et rédacteurs des actes de la procédure qui précède la comparution de l'inculpé devant la Cour d'assises soient tenus d'articuler nettement les faits sur lesquels repose leur qualification légale, rien de mieux : le recours en cassation, ouvert aux accusés dans cette première phase de la poursuite, est pour ces derniers une garantie suffisante que la loi n'aura pas été mal appliquée ou violée. Mais une fois ce préalable rempli, pourquoi tant s'inquiéter de la forme donnée aux questions soumises au jury si elles rentrent dans les termes du Code pénal? D'un autre côté, ce n'est pas tout d'être conséquent en théorie, il faut encore l'être dans la pratique. Or à quelles variétés de rédaction, à quelles complications de formules ne donneraient pas lieu les questions les plus simples? Il en résulterait une véritable révolution de Cours d'assises, tout à fait imprévue, non acclamée peut être, et certainement fort onéreuse pour le trésor public; car ces brusques dérogations à de longues habitudes ne rencontrent pas toujours une rapide adhésion.

M. Grellet-Dumazeau sentant sans doute les côtés faibles de son argumentation, se fait une objection qu'il résout par un trait d'esprit : « Il se peut, dit-il en terminant, que notre con- « clusion ne semble pas parfaitement logique, et, à vrai dire, « nous soupçonnons qu'il en est ainsi; mais l'avouerons-nous?

Digitized by Google

« dans les choses de forme (et il ne s'agit guère ici que de « cela) la logique nous paraît quelquefois une conseillère aussi « dangereuse qu'en politique. »

A Dieu ne plaise que je méconnaisse l'empire légitime de la pratique, ce serait renier le secours de l'expérience; mais gardons-nous aussi de laisser périr les principes. Cette double influence est salutaire, mais je considère l'une comme étant d'un ordre supérieur et devant exercer une incontestable prééminence. Si je trouve la pratique en opposition avec les principes, je ne saurais me résigner à accorder à celle-là une préférence dont je craindrais de voir profiter la routine. Examinons donc la pratique communément suivie, montrons son désaccord avec les principes et demandons-nous si, indépendamment de la régularité scientifique, il n'y aurait pas avantage et possibilité de plier la pratique aux principes.

Voici, je crois, les habitudes qui dominent dans la pratique des Cours d'assises : on distingue entre les crimes définis par la loi pénale et ceux qui ne le sont pas. A l'égard des premiers, on fait encore une sous-distinction entre les circonstances principales ou constitutives et les circonstances accessoires ou aggravantes; la question relative aux circonstances constitutives est rédigée dans les termes mêmes employés par le législateur : « N... est-il coupable d'avoir, le..., à..., frauduleusement soustrait telle chose au préjudice de P... ? » La question relative à la circonstance accessoire aggravante avec sa dénomination légale : Cette soustraction frauduleuse a-t-elle été commise à l'aide d'*escalade?*

Cette pratique est illégale et contradictoire. Dans le premier cas, l'emploi des termes de la définition légale est un procédé insuffisant, car il ne fait pas que les jurés ne soient pas appelés à résoudre une question de droit. Pour eux, l'opération consiste toujours à rapprocher les faits établis aux débats de la disposition de la loi et à décider si ces faits rentrent dans la prévision du législateur. C'est là une opération juridique, et les jurés ne sont pas jurisconsultes; dans l'espèce même du vol, il est telles circonstances de fait dont le caractère criminel est vivement controversé : comment des jurés prendront-ils parti dans cette controverse? Dans le deuxième cas, demander au jury *s'il y a eu escalade*, c'est lui demander la solution d'un point de droit (nous l'avons plusieurs fois démontré); de plus, pourquoi ne pas

Digitized by Google

suivre le même procédé que précédemment en se servant des termes de la définition, puisqu'il y en a une? Je n'aperçois aucune bonne raison de distinguer; mais c'est une simple remarque, et je n'insiste pas, car cette nouvelle formule me paraîtrait encore vicieuse.

Lorsqu'il s'agit de crimes non définis, la question se borne à reproduire l'appellation légale du crime : « N... est-il coupable d'avoir à..., le..., commis le crime de viol sur la personne de telle femme ou de telle fille? » Bien qu'il n'y ait pas de définition, le viol a un sens légal parfaitement précis : or comment les jurés le reconnaîtront-ils, puisqu'ils n'ont pas même ici le secours d'une définition? Cette formule leur donne bien certainement à juger une question de droit, à moins qu'on n'admette que le point de savoir si tel acte constitue un viol est une question de fait livrée au pouvoir discrétionnaire des jurés, ce qui n'est admissible pour personne. Avec une question ainsi rédigée, le jury va être appelé à résoudre les difficultés les plus délicates, difficultés sur lesquelles la doctrine et la jurisprudence n'ont pas encore réussi à se mettre d'accord. Citons un exemple récent. Un nommé D..., profitant de l'absence momentanée d'un mari, s'introduisit chez la femme de ce dernier à la faveur des ténèbres de la nuit; il pénètre dans la chambre, se glisse dans le lit, et la femme se croyant dans les bras de son mari se livre à lui. Cette abominable fraude constitue-t-elle le crime de viol prévu et puni par la loi? J'imagine qu'appeler les jurés à répondre à une pareille question, c'est les inviter à trancher un point de droit, et des plus difficiles.

Voilà la pratique : je n'ai donc avancé rien de trop en disant qu'elle était en opposition avec des principes dont les auteurs reconnaissent la justesse théorique. Maintenant il faut opter. Et pour que le choix soit rendu plus facile, demandons-nous en dernier lieu si cette pratique n'offre pas plus d'inconvénients que d'avantages, et enfin si elle peut être changée.

Un premier inconvénient qui résulte inévitablement de cette position de questions, c'est que les jurés sont appelés à résoudre des points de droit : une mission leur est ainsi conférée sans qu'ils aient les lumières nécessaires pour la remplir. L'interprétation des lois constitue une science épineuse qui exige des études spéciales, et l'on donne à interpréter les lois à des hommes qui sont complétement étrangers à cette science!

Digitized by Google

Qu'arrivera-t-il? c'est que les jurés, sans autre guide que leur conscience, substitueront leurs propres appréciations à celles du législateur. Je demande alors si cette déviation que subit la loi pénale ne compromet pas les droits les plus sacrés, ceux de la société et ceux de l'accusé, suivant que, dans leur incertitude, les jurés se placeront en deçà ou au delà de la sévérité de la loi? Qu'importe alors l'œuvre législative? C'est en vain que le législateur, agissant dans un haut intérêt social, aura déterminé certaines limites, attachant des peines à certaines infractions de la loi morale et amnistiant certaines autres. Le Code pénal disparaît devant celui de la conscience, et dans l'exercice de cette appréciation discrétionnaire, on risque de voir punir les actes que le législateur a innocentés et innocenter ceux qu'il a voulu punir. Que M. Grellet-Dumazeau ne dise pas qu'il ne s'agit ici que d'une question de *forme*, ou au moins qu'il reconnaisse qu'ici la forme emporte le fond, et que les plus graves conséquences en dépendent. Croit-on pallier cet immense inconvénient en permettant à l'accusation et à la défense de débattre devant le jury les conditions de la criminalité? Le ministère public et le défenseur auront trouvé des auditeurs, mais non de véritables juges.

La violation des principes est féconde en conséquences fâcheuses : le système que nous combattons aura encore pour résultat de supprimer, au détriment des mêmes intérêts (ceux de la société et de la défense), des garanties essentielles. Aux termes de l'article 350, la déclaration du jury est irréfragable : cette règle, par suite de la pratique adoptée, devient l'objet d'une évidente exagération. Elle ne sanctionnera pas seulement les décisions erronées en fait, mais elle laissera passer, sans recours possible, les plus manifestes erreurs de droit. J'en demande pardon à l'honorable M. Grellet-Dumazeau, mais ce magistrat n'a pas détruit l'objection en disant que le recours en cassation ouvert aux accusés dans la première phase de la poursuite est pour ces derniers *une garantie suffisante* que la loi n'aura pas été mal appliquée ou violée. Qui ne sait en effet que les arrêts de renvoi sont rarement déférés par les accusés à la Cour de cassation, et que les efforts de la défense commencent vraiment au jour des assises? Cette garantie essentielle manquera donc le plus souvent d'une manière absolue. Mais en admettant même que l'accusé en ait usé dans le cours de l'in-

Digitized by Google

formation, pourquoi lui enlever une ressource qui est la plus précieuse, puisqu'elle est la dernière? Du reste, dans cette hypothèse même, toutes les questions posées comme résultant des débats, les questions alternatives ou subsidiaires, dont la formule pourra aussi être *conçue en droit*, échapperont à la censure nécessaire de la Cour suprême.

Alors quel étrange spectacle que celui de notre organisation judiciaire en ce point? Nous aurons des lois précises pour empêcher les incriminations arbitraires, la Cour de cassation pour assurer leur empire; nous verrons ces conditions rigoureusement maintenues contre la magistrature; toutes les précautions tutélaires accumulées au cours de l'information, et puis, au jour du jugement définitif, toutes ces garanties faisant défaut à la société et à l'accusé et cédant devant l'omnipotence du jury!

A un autre point de vue, comment éviter une complexité que la formule de la question rend inévitable? A une question ainsi conçue : «N... est-il coupable d'avoir commis..... *tel viol?*» le jury a répondu : non l'accusé n'est pas coupable. Quel est le sens exact de ce verdict? L'accusé n'est-il pas coupable parce qu'il n'a pas commis les faits qui lui étaient reprochés, ou bien parce que ces faits ne constituaient pas le crime de viol? Cette recherche n'est pas vaine, car la Cour d'assises peut être saisie d'une demande en dommages-intérêts. Il est de principe que la Cour d'assises ne peut, à peine de nullité de son arrêt, se mettre en contradiction avec le verdict du jury : je demande comment la Cour pourra éviter cette contrariété, et aussi comment la Cour de cassation pourra exercer son contrôle.

J'aperçois un dernier inconvénient : le président des assises a maintenu dans sa question la qualification adoptée par la chambre d'accusation, et il n'a pas cru devoir ajouter de question subsidiaire. Le jury convaincu de la vérité des faits matériels, mais ne trouvant pas que ces faits rentrent dans la qualification spécifiée dans la question, répond : non, l'accusé n'est pas coupable. L'acquittement devra être prononcé, et peut-être les faits matériels inexactement qualifiés pouvaient-ils recevoir une qualification différente? Il faudra mettre en liberté l'accusé et assurer l'impunité à un coupable : cette impuissance de la Cour provient seulement, ainsi que nous le verrons dans un instant, de la rédaction de la question.

Digitized by Google

En effet, que l'on suppose les questions *rédigées en fait et en langue vulgaire*, et l'on verra tous ces inconvénients disparaître pour devenir autant d'avantages : ainsi faisant, le jury n'aura jamais à résoudre que des questions de fait, et pour accomplir cette mission une conscience honnête et un sens droit suffisent; la Cour d'assises statuant sur la qualification le fera avec les lumières qui appartiennent à ses membres versés dans l'étude et la connaissance des lois; de cette manière la Cour suprême pourra exercer son utile contrôle. On n'aura plus à redouter d'obscurité dans les réponses du jury, et de la Cour d'assises, saisie d'une demande de dommages-intérêts, n'aura plus à craindre de se mettre en contradiction avec lui. Enfin on ne verra plus échouer de justes accusations pour l'erreur d'une qualification; les jurés auxquels on ne demandera que de constater des faits constants n'hésiteront plus, et la Cour d'assises donnera aux faits déclarés la qualification qui leur convient.

Certes, les inconvénients que j'ai signalés et les avantages dont je parle ont une assez haute importance pour que l'on cherche à faire disparaître les uns et à obtenir les autres, même au prix d'une pacifique révolution de Cour d'assises. Quel moyen d'y arriver? Je l'ai dit, en rédigeant les questions *en fait en langue vulgaire.* Cela est-il possible? Je le crois, et j'en administre la preuve par un document judiciaire.

Un individu profitant de l'absence momentanée d'un mari, s'était introduit, à la faveur des ténèbres, dans la chambre d'une femme mariée : il s'était glissé dans le lit, et prenant la place du mari il en avait exercé les droits. Cette espèce s'est présentée devant la Cour d'assises de la Moselle; le président, suivant la pratique habituelle, aurait posé la question en ces termes : « D... est-il coupable d'avoir à ...., le ...., commis sur la personne de telle femme *le crime de viol?* » Mais, mieux inspiré à mon sens, il interrogea le jury de la manière suivante: « D... est-il coupable d'avoir à ...., le ...., *à l'aide de manœuvres frauduleuses et en se faisant passer pour le mari, abusé par copulation charnelle de la personne de telle femme?* »

Cet exemple ne peut-il pas être suivi et appliqué à d'autres incriminations? On objectera peut-être que cette rédaction, possible dans cette espèce, ne le serait pas dans d'autres. Pour répondre complétement à cette observation, il me au drait faire

Digitized by Google

un travail considérable que je ne saurais entreprendre ici ; tout au plus puis-je ajouter quelques autres indications.

Dans une accusation de meurtre on demandera : « N... est-il coupable d'avoir à...., le...., dans une rencontre convenue, en présence de tels et tels témoins, volontairement donné la mort, en duel, à D... ? »

Dans une accusation de destruction d'écrit : « N... est-il coupable d'avoir à ...., le ...., volontairement détruit en le brûlant tel écrit (dont on indiquera minutieusement les apparences matérielles ?) »

Dans une accusation de faux en écriture de commerce : « N... est-il coupable d'avoir à...., le ...., fabriqué un écrit ayant telle forme, contenant telles énonciations, portant telles signatures, etc. ? »

Dans une accusation de fausse monnaie : « N... est-il coupable d'avoir à..., le..., fabriqué telles pièces de monnaie) dont on indiquera toutes les apparences matérielles propres à constituer leur identité) ? »

Dans une accusation d'attentat à la pudeur avec violence : « N... est-il coupable d'avoir à..., le..., violemment renversé la fille D... et, malgré les efforts de sa victime, approché son membre viril des parties sexuelles de la fille D... ? »

La même méthode pourra être employée pour les circonstances aggravantes : c'est ainsi qu'au lieu de demander si le vol a été commis *à l'aide d'escalade*, on demandera s'il a été commis en franchissant tels obstacles ; c'est ainsi encore qu'au lieu de demander si un vol a été commis sur un *chemin public*, on demandera s'il a été commis à tel endroit qu'on précisera.

Je dois m'arrêter dans cette sèche nomenclature pour fournir une autre démonstration qui s'appliquera à toutes les hypothèses.

Il est un principe constant en matière de Cours d'assises, c'est que, malgré les termes de l'article 337, le président n'est pas obligé de s'enfermer étroitement, pour la position des questions, dans les termes de l'acte d'accusation : la jurisprudence admet avec raison que ce magistrat pourra recourir, s'il en est besoin, à l'arrêt de renvoi et à l'ordonnance de prise de corps pour rectifier certaines énonciations de l'acte d'accusation. Voici dès lors le moyen pratique trouvé : le président des assises pourra toujours, en consultant l'arrêt de renvoi et

Digitized by Google

l'ordonnance de prise de corps, rédiger ses questions *en fait et en langue vulgaire*. Aux termes de l'article 221 du Code d'instruction criminelle, les chambres d'accusation doivent examiner s'il existe contre le prévenu des preuves ou des indices d'un fait *qualifié crime par la loi;* or la qualification des faits, ainsi que l'a dit un éminent criminaliste, M. Faustin Hélie, suppose nécessairement leur spécification. En effet, comment qualifier un fait s'il n'est pas d'abord précisé et rapporté dans toutes ses circonstances élémentaires? La qualification étant le rapport du fait avec la loi est fondée sur une double base : la description du fait et la citation de la loi. Du reste, l'article 232 du Code d'instruction criminelle fait de l'exposé sommaire des faits une obligation précise pour les chambres d'accusation. Eh bien! ce sera là un point de repère pour la position des questions : le président des assises attaché à la spécification des faits, laissant de côté leur qualification, formulera ses questions d'après l'arrêt de renvoi et l'ordonnance de prise de corps.

Maintenant j'avoue que les questions n'auront peut-être pas le laconisme que permettait la méthode habituellement suivie; mais cette considération ne saurait peser du même poids dans la balance que celles que nous avons mises en avant.

Le principe de la séparation du fait et du droit rencontre toutefois certaines impossibilités, peu nombreuses[1], que je veux signaler pour qu'on ne me les objecte pas. Une règle essentielle, c'est que les jurés doivent déclarer tous les faits objet de l'accusation : or il est certains faits qui se trouvent si intimement unis au droit qu'il est impossible de les séparer : tel individu est-il fils de tel autre? tel individu est-il en état de faillite? est-il commerçant[2]? Mais remarquons que le plus souvent, quant au premier point, des actes réguliers de l'état civil écarteront toute difficulté, et quant au second, qu'un jugement préalable de déclaration de faillite dispensera les jurés d'entrer dans l'examen des lois commerciales. Quant au troisième, souvent les actes du prévenu se rattacheront à une profession apparente qui permettra de rédiger la question en fait : « N... était-il pharmacien, maître de pension, etc., etc.? »

[1] Je ne sais pas si je n'indique pas les seules.

[2] Les Codes de 1791 et du 8 brumaire an IV avaient institué pour quelques-uns de ces cas des jurés spéciaux.

Digitized by Google

Ainsi je ne me suis pas arrêté à une utopie, mais à une théorie parfaitement praticable.

Me voici enfin arrivé au terme de cette étude, et je n'ai plus qu'à conclure :

Les jurés sont juges du fait et les magistrats juges du droit : cette division des pouvoirs établie d'après des règles éminemment sages, puisqu'elle est conforme aux aptitudes de chacun, est un principe fondamental et traditionnel de notre procédure criminelle. Écrite dans le Code de 1791, cette maxime a passé dans celui du 8 brumaire an IV, pour arriver ensuite dans notre Code d'instruction criminelle. Les travaux préparatoires, les textes, attestent hautement cette filiation. Ne nous contentons donc pas d'offrir à ces principes un hommage stérile, mais assurons-leur une application scrupuleuse. D'autres habitudes dominent, mais elles peuvent être changées. Ne serait-ce pas le cas d'emprunter une réflexion au judicieux Fonmaur et d'étendre à la pratique judiciaire ce qu'il disait de l'arrestographie : *La pratique égare lorsqu'au lieu d'appliquer les habitudes aux principes, elle fonde les principes sur les habitudes?*

TH. BAZOT.

BIBLIOGRAPHIE.

EXAMEN DU COMMENTAIRE-TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES PRIVILÉGES ET DES HYPOTHÈQUES

Par M. PAUL PONT, docteur en droit, conseiller à la Cour impériale de Paris, continuateur de Marcadé[1],

Et OBSERVATIONS : 1° *Sur les caractères spécifiques du commentaire et du traité;* 2° *sur le style dans les œuvres scientifiques,*

Par M. CARETTE, docteur en droit, ancien avocat à la Cour de cassation.

Le double titre imposé par l'auteur à cet ouvrage accuse de sa part l'intention d'y réunir les avantages du commentaire à

[1] Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État.

Digitized by Google

ceux du traité, comme la double qualification, ajoutée à ce double titre, indique la volonté de rendre, en joignant la théorie à la pratique, son livre également utile aux hommes d'étude et aux hommes d'affaires, à l'École et au Palais. C'est donc à ce double point de vue qu'il faut nous placer nous-même pour apprécier le travail de M. Paul Pont, et nous suivrons dans cet examen l'ordre que nous trouvons indiqué dans le titre, en disant d'abord quelques mots des caractères divers du commentaire et du traité, et des résultats que doivent présenter l'emploi simultané de ces deux formes et la réunion de la théorie à la pratique. Nous considérerons ensuite l'ouvrage dont nous avons à nous occuper, tant sous le rapport du fond que sous le rapport de la forme, et nous aurons fait ainsi nous-même tout à la fois un peu de théorie et un peu de pratique.

Mais nous n'entrerons pas en matière sans payer à Marcadé, qui a légué à M. Paul Pont le soin d'achever son œuvre, le tribut de nos affectueux regrets : car nous sommes de ceux qui ne rougissent pas d'être hommes par le cœur, et qui pensent que l'expression d'un sentiment vrai ne saurait jamais être déplacée. Laissons aux âmes vulgaires, aux esprits secs et étroits leur glaciale indifférence, et gardons-nous de croire que pour être légiste, voire même arrêtiste, il faille absolument dépouiller tout sentiment humain.

Qu'on me permette donc de le dire ici : c'est un de mes souvenirs de confraternité les plus doux que celui des quelques années que j'ai passées avec Marcadé au barreau de la Cour de cassation. J'y étais entré bien avant lui, et j'y suis resté longtemps après que sa faible santé l'eut forcé de le quitter. Mais des goûts communs nous avaient rapprochés, et j'avais apprécié toute sa valeur. Personne ne fit plus que lui mentir la maxime : *Le style, c'est l'homme* ; car jamais homme et style ne se ressemblèrent moins que le style de Marcadé et Marcadé lui-même. Autant, en effet, l'écrivain paraissait rude, entier, absolu, autant l'homme était doux, aimable et gracieux ; c'étaient deux personnes différentes. Aussi M. Paul Pont a-t-il donné une preuve de sens et de goût en ne s'astreignant pas à imiter la manière de Marcadé, et bien a-t-il fait de rester lui-même, tout en prenant l'œuvre là où son devancier l'avait laissée, pour la conduire jusqu'à son terme. Du reste, et M. Paul Pont a soin de nous en avertir, Marcadé est tout à fait étranger au *Commen-*

Digitized by Google

taire-Traité des priviléges et des hypothèques, œuvre exclusive de son continuateur, qui en assume pleinement la responsabilité et à qui en appartient tout le mérite.

§ 1.

Je ne crois pas me tromper en disant que les mots *commentaire* et *traité* répondent aux deux méthodes auxquelles on a donné les noms d'*analyse* et de *synthèse*. C'est par l'analyse que procède le commentaire; c'est par la synthèse que procède le traité.

Quand je parle ici d'analyse et de synthèse, on comprend bien que je n'entends point parler, au point de vue philosophique, de ces deux procédés de l'esprit humain qu'on a appelés la *méthode analytique* ou de *résolution* et la *méthode synthétique* ou de *composition*, auxquelles nous sommes dans la nécessité d'avoir successivement recours : car l'opération par laquelle nous avons décomposé les objets ne suffit pour nous les faire connaître qu'à la condition que nous n'oublierons ni leur ordre ni celui de leurs parties. Il faut donc qu'après avoir décomposé par l'analyse, nous recomposions par la synthèse, afin de reconstituer et d'embrasser dans leur ensemble les différents objets auxquels nous appliquons notre esprit.

Mais ce n'est pas au point de vue philosophique que nous considérons ici l'analyse et la synthèse : nous les considérons au point de vue positif de l'enseignement, c'est-à-dire de l'exposition et de la démonstration scientifiques.

Toutefois, il est assez remarquable que deux puissants esprits, Descartes et Pascal, qui se sont l'un et l'autre occupés de méthode, semblent avoir eu plus particulièrement en vue l'un l'analyse et l'autre la synthèse. Descartes, en effet, dans son *Discours sur la méthode*, s'est proposé de tracer les règles *pour bien conduire sa raison et chercher la vérité dans les sciences;* et Pascal, dans ses *Pensées*, a établi *la manière de prouver la vérité et de l'exposer aux hommes*. Ainsi, Descartes semble avoir eu en vue le moyen de découvrir la vérité, c'est-à-dire l'analyse, et Pascal celui de la démontrer, c'est-à-dire la synthèse.

Ici nous considérons purement et simplement l'analyse et la synthèse comme caractérisant deux méthodes d'enseignement doctrinal qui se produisent l'une sous la forme du *commentaire*,

Digitized by Google

l'autre sous la forme du *traité*. Le commentaire, en effet, prend un texte, le dépèce, en examine, en discute successivement les diverses parties, pour résoudre les difficultés qu'elles soulèvent, pour faire comprendre le sens des mots et des phrases, pour faire pénétrer la pensée de l'auteur ou de la loi. Le traité procède différemment : il ne s'astreint pas à suivre ainsi un texte pas à pas ; il divise et subdivise la matière à son gré, sans s'inquiéter des divisions et subdivisions du législateur. Au lieu de se laisser conduire par lui, au lieu de marcher servilement sur ses traces, il se trace à lui-même le chemin qu'il veut suivre, et fait rentrer dans un cadre déterminé à l'avance l'examen des difficultés qu'il rencontre. Il fond enfin la loi dans son texte, au lieu de coudre des observations à la loi. On pourrait d'une manière générale caractériser le commentaire et le traité, en disant que l'un s'élève du particulier au général, et que l'autre descend du général au particulier, ce qui établit bien le caractère analytique du commentaire et le caractère synthétique du traité.

La littérature juridique possède de beaux modèles de l'une et de l'autre méthode dans des œuvres que le génie de leurs auteurs a placées au premier rang des productions de l'esprit humain. Cujas et Pothier, notamment, peuvent être considérés comme les maîtres de l'analyse et de la synthèse, méthodes d'enseignement à chacune desquelles l'un et l'autre paraissent s'être plus spécialement voués, Cujas en élucidant dans de savants commentaires les textes obscurs du droit romain ; Pothier en introduisant dans chacun des titres des Pandectes, composés de fragments empruntés à divers commentateurs, des divisions et des subdivisions méthodiques, et en composant ainsi autant de véritables traités dont les Pandectes elles-mêmes n'offraient en quelque sorte que le travail préparatoire ou l'ébauche. Pothier, en effet, sut, par une admirable synthèse, et au moyen d'un système ingénieux, tout en respectant scrupuleusement les textes, convertir en traités didactiques la compilation fragmentaire, produit assez désordonné des ciseaux de Tribonien et de ses seize acolytes. Aussi a-t-on dit avec autant de raison que d'esprit[1] qu'*il fit tout seul ce que les dix-sept jurisconsultes choisis par Justinien n'avaient pas su faire sur les lois de leur pays.*

[1] Ph. Dupin, *Notice sur Pothier*, dans la *Galerie française*.

Digitized by Google

Le commentaire de Vinnius sur les *Institutes* peut être considéré comme un excellent spécimen de la méthode analytique. Les traités de droit français de Pothier, pour ne point parler des auteurs contemporains, sont de véritables modèles de la méthode synthétique.

Ce n'est pas à dire toutefois que le choix de la forme, soit du *commentaire*, soit du *traité* implique l'emploi exclusif, soit de l'analyse, soit de la synthèse. Bien que la première de ces méthodes soit en quelque sorte la base de l'un et la seconde celle de l'autre, on peut faire de l'analyse dans un traité, comme on peut faire de la synthèse dans un commentaire. Ainsi l'auteur d'un traité, amené par l'exécution du plan qu'il s'est tracé à l'interprétation d'un texte obscur, fera de l'analyse en exposant, à l'occasion de ce texte, toutes les considérations auxquelles la détermination de son vrai sens peut donner lieu; et pareillement, le commentateur fera de la synthèse en faisant jaillir d'un seul mot de son texte quelque large et féconde théorie. Enfin la synthèse et l'analyse sont si peu exclusives l'une de l'autre, qu'on a pu dire avec une grande élévation, et je crois que c'est Leibnitz, que la réunion d'une analyse profonde et d'une synthèse puissante constitue peut-être le génie.

Aussi ne faut-il point s'étonner de voir M. Paul Pont donner à son livre le titre cumulatif de *Commentaire-Traité :* ces deux mots ne jurent nullement l'un avec l'autre; ils impliquent seulement l'emploi successif ou simultané de l'analyse et de la synthèse, de la méthode exégétique et de la méthode dogmatique.

Il ne nous reste plus, pour en avoir fini avec le titre même du livre dont nous allons nous occuper, qu'à dire quelques mots des qualifications *théorique et pratique* ajoutées à la double dénomination de *Commentaire-Traité.*

Ces derniers mots n'ont trait qu'à la forme extérieure du livre, au cadre en quelque sorte de la composition, au moule dans lequel il a plu à l'auteur de jeter ses idées. Les adjectifs qualificatifs qui les suivent vont plus loin : ils indiquent le double but que l'auteur s'est proposé d'atteindre en ne se renfermant exclusivement ni dans l'exposé des principes de la matière ni dans l'application des règles qui la régissent. Il a voulu que son ouvrage pût convenir également à ceux qui étudient pour apprendre et à ceux qui consultent pour s'éclairer. Pour at-

Digitized by Google

teindre ce double but, il fallait qu'au développement des dispositions contenues dans le texte de la loi et des motifs qui les ont fait adopter, succédât continuellement la discussion des difficultés que ce texte a fait naître; qu'à côté de cette discussion se trouvât la solution adoptée par l'auteur, solution conforme ou contraire aux décisions de la jurisprudence dont l'examen rentre nécessairement dans la partie pratique du cadre qu'il s'est tracé. Telle est aussi la tâche, comme le titre seul de l'ouvrage l'annonce, que M. Paul Pont s'est imposée. Suivons-le maintenant dans les développements qu'il a donnés : 1° aux priviléges, 2° aux hypothèques, sans oublier les explications relatives à cette loi sur la transcription qui, datant à peine de quatre années, a déjà fait naître tant de commentaires et soulevé tant de difficultés.

§ 2.

Les observations qui précèdent peuvent tenir lieu de l'analyse par laquelle il convient en général de commencer le compte rendu d'un ouvrage. Cette analyse ici est impossible, ou plutôt elle est toute faite, puisque l'ordre que suit l'auteur est l'ordre de la loi elle-même dont il adopte les divisions et subdivisions, et dont il développe, sauf quelques exceptions, les articles suivant leur série numérique.

Le titre XVIIIe du Code civil, consacré aux priviléges et hypothèques, est composé de deux chapitres : le premier, *Dispositions générales* et le second, *Des priviléges*, forment la matière de la première partie de l'œuvre que nous examinons.

Je suis fâché de commencer cet examen par un dissentiment avec M. Paul Pont; mais je ne suis pas bien sûr de trouver par la suite l'occasion de critiquer, et je m'empresse de saisir celle qui se présente. M. Paul Pont trouve inexacte l'expression de l'article 2092 : « quiconque s'est obligé personnellement...,» parce que, dit-il, il n'est pas nécessaire *qu'on se soit obligé*, c'est-à-dire qu'on ait fait une convention, passé un contrat, pour être tenu sur ses biens mobiliers et immobiliers : il suffit qu'on soit engagé, comme que ce soit, à donner ou à faire quelque chose, engagement qui peut résulter soit d'un contrat, soit d'un délit ou d'un quasi-délit... Il me semble que cela est tout au moins bien rigoureux et, dans tous les cas, bien subtil; je doute même que ce soit parfaitement juste. Est-ce que celui

Digitized by Google

qui, par négligence ou par imprudence, cause du préjudice à autrui, ne *s'oblige* pas à le réparer? Voyez l'article 1382 : « Tout fait quelconque de l'homme qui cause du dommage à autrui, *oblige* celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer. » N'est-ce pas comme si l'on avait dit dans la forme de l'article 2092 : Quiconque, par sa faute, cause du dommage à autrui, *s'oblige* par cela seul à le réparer? *S'oblige* ici est parfaitement juste : qui nuit s'oblige. Et j'en conclus que le législateur s'est exprimé d'une manière très-suffisamment exacte en disant ; *quiconque s'est obligé*, expression qui me paraît comprendre tout aussi bien l'obligation résultant d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit que celle qui peut résulter d'une convention.

Tout cela est un peu *in apicibus*, j'en conviens. Aussi je passe et je signale sous le même article la discussion du point de savoir si le principe *qui s'oblige oblige le sien*, s'applique même au débiteur frappé, dans de certaines limites, d'incapacité d'aliéner. Un mineur émancipé, une femme séparée de biens ont contracté, pour l'administration qui leur est abandonnée, par conséquent dans les limites de leur capacité exceptionnelle, des obligations qu'on veut exécuter, non pas seulement sur leurs revenus, mais sur tous les biens qu'ils possèdent... Le peut-on? Marcadé avait dit non, M. Paul Pont dit oui, et avec raison, suivant nous; ce que nous signalons comme une preuve de l'indépendance avec laquelle le continuateur remplit, vis-à-vis de celui-là même de qui il l'a reçue, la touchante mission de mener à fin l'œuvre interrompue par la mort. Nous avons loué M. Paul Pont de ne s'être point astreint à imiter une manière qui n'était pas la sienne : voilà pour la forme. Nous le louons ici, pour le fond, d'avoir librement discuté, réfuté, suivant les inspirations de sa conscience de jurisconsulte, les opinions de celui qui lui avait légué le soin de terminer son livre. Point d'œuvre estimable sans indépendance : s'astreindre à suivre les opinions d'autrui, ou travailler sous la surveillance de censeurs qui, sous prétexte de les diriger, gênent vos mouvements et prétendent régler votre allure, c'est là un moyen infaillible de ne rien faire de bon. C'est une situation qu'un écrivain qui se respecte n'accepte pas, ou à laquelle il n'a rien de plus pressé que de se soustraire quand il le peut. Nous voyons avec plaisir M. Paul Pont combattre l'erreur partout où il croit la rencontrer,

Digitized by Google

sans se laisser imposer ni par le rang ni par le talent de l'antagoniste qu'il se donne à combattre, comme le prouve sa discussion sur le caractère et les effets de l'antichrèse, dans laquelle il s'attaque à un bien redoutable adversaire, M. le premier président Troplong.

Les trois articles 2092, 2093 et 2094, qui composent le chapitre 1er du titre *Des priviléges et hypothèques*, contiennent des principes généraux qui servent en quelque sorte d'introduction à ce titre. C'est à la définition du privilége, contenue dans l'article 2095, que commencent les dispositions spéciales, et c'est là aussi que se montrent les larges développements que M. Paul Pont sait donner à la doctrine.

Nous en trouvons tout d'abord un exemple dans l'article 2098, concernant *le privilége à raison des droits du trésor public*, réglé, porte l'article, *ainsi que l'ordre dans lequel il s'exerce, par les lois qui les concernent.* Voilà un thème bien simple : voyons ce que M. Paul Pont a su en tirer.

Dans le commentaire de cet article, il passe en revue le privilége des douanes; le privilége de la régie de l'enregistrement pour les droits dus à l'occasion des mutations par décès; le privilége de la régie des contributions indirectes; le privilége du trésor sur les biens des comptables; le privilége pour les frais de justice criminelle; le privilége pour le recouvrement des contributions directes; le privilége pour droits et amendes en matière de timbre; enfin les priviléges des ouvriers employés à des travaux pour le compte de l'État; — des sous-traitants; — des prêteurs de fonds pour recherche de mines; — et du concessionnaire du desséchement d'un marais.

On voit quel horizon découvre au commentateur le simple renvoi contenu dans l'article dont il s'occupe. C'est que, comme il le dit lui-même avec raison, la mission du législateur et celle du commentateur sont très-diverses : l'un édicte, l'autre explique; l'un se contente d'une indication *in globo* des matières régies par des lois particulières et ne les fait figurer en quelque sorte que *pour ordre* dans la loi générale; l'autre qui ne doit ni laisser de *desiderata* dans son œuvre, ni éveiller, sans la satisfaire, la curiosité de ses lecteurs, est tenu d'expliquer quelles sont ces matières, et le talent, de sa part, consiste à donner dans une juste mesure, sur tout ce qui se rattache de près ou de loin à l'objet spécial qu'il a entrepris de traiter, les documents

Digitized by Google

propres à guider au moins dans leurs recherches ceux qui éprouveraient le besoin d'en faire.

C'est en quoi M. Paul Pont montre infiniment de tact : il sait le *modus in rebus*. Exemple : nous trouvons dans l'énumération des différents priviléges celui de la régie de l'enregistrement pour les droits de mutation par décès : c'était là une belle occasion de développements. On sait, en effet, à quelles discusions solennelles a donné lieu le point de savoir de quelle nature est le droit de la régie, s'il s'exerce soit *à titre de privilége*, soit même *à titre de prélèvement* sur les biens de la succession. On se rappelle avec quelle hardiesse théoriquement rétrospective et sentant son *l'État, c'est moi*, l'affirmative sur ce second point même fut soutenue devant la Cour de Paris. M. Paul Pont, avec l'indépendance qui caractérise son œuvre, n'adopte aucune de ces opinions, quelque appuyées qu'elles soient par les autorités les plus imposantes, et il nie tout simplement le privilége, parce qu'il ne le trouve écrit nulle part. Il le nie, donne brièvement ses raisons et passe outre, parce que son livre n'est pas un livre de droit fiscal, mais un livre de droit civil.

Nous retrouvons le même soin de compléter par la doctrine ce qui n'a été pour le législateur que l'objet d'un simple renvoi, dans les développements qui accompagnent l'article 2120, d'après lequel il n'est rien innové aux dispositions des lois maritimes concernant les navires et bâtiments de mer. Cet article fournit en effet à notre auteur l'occasion d'expliquer rapidement les principes relatifs aux priviléges sur les navires et autres bâtiments de mer, au privilége sur le fret, au privilége résultant de la charte-partie, au privilége sur le chargement, et à quelques autres établis par les lois sur le commerce. Nous voici donc ici en plein droit commercial, comme tout à l'heure en plein droit fiscal.

Dans les larges développements donnés à l'article 2102, nous signalons comme modèle de déduction et de discussion le commentaire du § 4, relatif au privilége pour le prix d'effets mobiliers non payés. L'auteur examine successivement ces trois points : la cause du privilége, son objet, les conditions de son existence; et, en les examinant, que de questions il soulève et il résout! Que doit-on entendre par *effets mobiliers?* Faut-il y comprendre même les choses incorporelles, comme une créance, un fonds de commerce, un office? — Quant aux offices

Digitized by Google

en particulier, si l'officier ministériel, au lieu de se renfermer dans les devoirs de sa charge, se fait commerçant et tombe en faillite, le privilége subsistera-t-il en présence de l'article 550 du Code de commerce, qui déclare que le privilége et le droit de revendication établis par le n° 4 de l'article 2102 ne seront point admis en cas de faillite? — Subsistera-t-il soit en cas de destitution du titulaire de l'office, soit en cas de simple injonction de vendre? — S'éteint-il en cas de revente? — *Quid* en cas de plusieurs ventes successives? A qui des différents vendeurs appartient alors le privilége?... On voit les questions naître ainsi les unes des autres, se multiplier sous la plume du commentateur, et accuser cette complication infinie d'intérêts, résultat inévitable d'une civilisation avancée. M. Paul Pont, qui les soulève avec hardiesse, les résout avec habileté : on le suit avec un vif intérêt dans tous les méandres où cette complication même le force de s'engager.

L'article 2103, relatif au privilége sur les immeubles, a donné lieu à un travail analogue à celui que nous venons de signaler sur l'article 2102 : les différents priviléges, celui du vendeur, celui des cohéritiers et copartageants, celui des architectes et entrepreneurs, enfin celui des prêteurs de deniers, y sont l'objet d'une exposition doctrinale, à laquelle viennent prêter leur appui les diverses solutions empruntées à la jurisprudence.

C'est par le groupe des articles 2106 à 2113 que se termine cette première partie du travail de M. Paul Pont, et ces articles sont la source de nombreuses difficultés, compliquées encore de celles que soulève la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, objet de l'appendice placé à la suite du chapitre des priviléges.

Dans ce groupe se trouve le terrible article 2108, qui a servi de texte à tant de controverses et même à tant d'accusations contre le législateur, à ce point que les commentateurs, après s'être évertués à en donner une interprétation plausible sans y réussir, avaient, en désespoir de cause, proposé de n'en tenir aucun compte, et de le considérer comme une lettre morte, moyen radical de se tirer d'embarras! Dieu me garde de répéter (ce ne serait guère ici la place) tous les blasphèmes de Cornélius Agrippa (*De incertit. et vanit. scientiarum*, c. 94) contre cette classe très-estimable de savants, auxquels il reproche, bien injustement sans doute, de torturer le sens des lois pour les ployer à leur manière de les entendre : *benè inventas leges per ambiguas*

Digitized by Google

expositiones ad sua figmenta adaptare. Mais il est vrai de dire, et c'est ce qui résulte des développements de M. Paul Pont, qui s'est fait bravement le champion du législateur, qu'un accident bien vulgaire paraît être la cause des inextricables difficultés auxquelles l'article 2108 a donné lieu, et cet accident, c'est tout simplement l'omission dans le texte d'une disposition convenue dans la discussion, à l'effet de maintenir et de confirmer le système de la loi de brumaire, qui attachait, vis-à-vis des tiers, la transmission de la propriété à la transcription. *Indè mali labes!* Hélas! les législateurs sont des hommes, et il n'est pas besoin de leur prêter, comme on l'a fait, des intentions d'escamotage : le *quandoque bonus dormitat* suffit bien pour tout expliquer. N'est-ce pas par un accident semblable que le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs s'était trouvé irrémissiblement prohibé? De combien de liaisons irrégulières et de naissances irrégularisables cet accident n'a-t-il pas été la cause? Et il a fallu, après deux révolutions, une loi bien tardive, celle du 16 avril 1832, pour faire autoriser, trente ans après la promulgation du Code civil, des mariages que le législateur n'avait jamais eu l'intention d'interdire! Il a fallu de même la loi du 23 mars 1855 pour résoudre les difficultés que soulevait l'article 2108 et pour lui rendre le sens qu'il avait dans l'intention du législateur. Malheureusement l'article 834 du Code de produre civile, aujourd'hui abrogé, avait pendant longtemps aggravé le mal, en consacrant en quelque sorte et même en étendant l'erreur à laquelle l'article 2108 avait donné lieu.

Tout cela est parfaitement expliqué, parfaitement déduit dans le commentaire de M. Paul Pont : il marche d'un pas ferme, armé du fil d'Ariane, dans ce labyrinthe de systèmes, d'élucubrations et même de récriminations, disant à tous la vérité, défendant la loi injustement et quelquefois violemment attaquée, et montrant que, si le législateur a été distrait, il n'a pas du moins été inepte, comme on ne s'est pas fait faute de le dire. Enfin il arrive à la loi du 23 mars 1855, qui a fait, en rétablissant le système de brumaire et la nécessité de la transcription pour la transmission de la propriété vis-à-vis des tiers, ce que le législateur de 1804 avait voulu faire et n'avait pas fait. C'est avec un intérêt véritable qu'on suit l'auteur dans le dédale où il s'engage, mais d'où il sort, comme le soleil sort des nuages, pour jeter une vive clarté sur une matière obscurcie à plaisir

Digitized by Google

par la doctrine, et même aussi un peu par la jurisprudence. Passons aux hypothèques.

§ 3.

L'hypothèque est un droit réel, dit la loi ; mais ce droit qui affecte incontestablement la propriété, a-t-il l'effet d'en détacher une partie ? en est-il un démembrement, ou bien ne donne-t-il au créancier qu'un moyen d'agir contre l'immeuble? L'hypothèque enfin n'est-elle qu'un droit réel accessoire, distinct des droits réels principaux, lesquels, comme l'usufruit, l'usage, l'habitation et les services fonciers, emportent pour ainsi dire quelque lambeau de la propriété, tandis que l'hypothèqne, tout en s'y attachant, *sicut lepra cuti*, disait-on autrefois, la laisse néanmoins tout entière, mais enveloppée de cette terrible robe de Nessus qui peut un jour la dévorer, entre les mains du débiteur ? Tels sont les systèmes qui se sont produits sur la nature même de l'hypothèque, et M. Paul Pont commence par les examiner.

Toutefois, il s'excuse presque de s'arrêter sur ce point, qu'il appelle de pure théorie, Mais qu'a-t-il besoin d'excuse? Il faut bien s'entendre. Pascal, lorsqu'il veut *donner l'idée d'une méthode encore plus éminente et plus accomplie* que celle de la géométrie, la fait consister en deux choses principales, dont l'une serait *de n'employer jamais aucun terme dont on n'eût auparavant expliqué nettement le sens.* Et l'explication ici n'est pas superflue, puisque M. Paul Pont n'est d'accord ni avec Marcadé lui-même ni avec MM. Delvincourt, Persil, Demante, Duranton, Tessier, Troplong, Valette et Demolombe. En somme, notre auteur déduit le caractère de l'hypothèque de la qualification de *droit réel* que la loi elle-même lui donne, et il en conclut qu'elle constitue un démembrement de la propriété, et par suite qu'elle appartient à la catégorie des biens immeubles.

C'est avec cette même argumentation ferme et serrée que M. Paul Pont déduit les conséquences de l'indivisibilité de l'hypothèque. Dans quel sens l'hypothèque est-elle indivisible? *Est tota in toto, et tota in quâlibet parte :* elle subsiste en entier sur tous les immeubles affectés, sur chacun et sur chaque portion de ces immeubles ; c'est-à-dire que, quelle que soit l'exiguïté de la créance hypothéquée, le débiteur ne peut pas,

Digitized by Google

de sa pleine et souveraine puissance de propriétaire, parquer, cantonner en quelque sorte l'hypothèque, la circonscrire dans telle ou telle partie, même suffisante et plus que suffisante de son immeuble, pour en affranchir les autres. Non, la plus petite créance, assise hypothécairement sur un immeuble, l'affecte tout entier, quelque considérable qu'il soit, tant qu'elle n'a pas été légalement restreinte, et continue d'en affecter les parties qui viendraient à en être distraites.

Ceci entendu, et c'est bien en ce sens que M. Paul Pont explique l'indivisibilité de l'hypothèque, je me demande (c'est presque un scrupule de puriste) si, après cette observation fort juste, que cette indivisibilité de l'hypothèque ne réagit pas sur l'obligation principale, et ne fait point obstacle à sa propre divisibilité, il n'y a pas quelque inexactitude à dire « qu'il n'y a « pas indivisibilité non plus entre l'hypothèque et cette obliga- « tion principale, en ce sens que la première peut être cédée « indépendamment de la seconde. » Ici, ce mot *indivisibilité* me choque; car que veut-on dire? que l'hypothèque peut être *détachée, séparée* de l'obligation à laquelle elle servait originairement de garantie, pour être *rattachée*, réunie à une autre obligation, à laquelle elle était étrangère. Très-bien! mais les mots *divisible* et *indivisible* ne répondent pas à cette idée. L'idée de *divisibilité* ou d'*indivisibilité* n'implique qu'un seul objet : *matière divisible, quantité divisible; point indivisible, atome indivisible.* Et le législateur, de son côté, s'exprime de la manière la plus exacte en disant que l'hypothèque est indivisible. Mais on ne dit pas plus de deux choses que de deux personnes qu'elles sont *indivisibles*, pour exprimer qu'elles ne peuvent pas être séparées. Si cette observation, bien subtile, j'en conviens, est fondée, il ne faudrait pas dire qu'il y a ou qu'il n'y a pas indivisibilité entre l'hypothèque et la créance à laquelle elle est attachée, mais bien qu'elles sont ou ne sont pas *indivisiblement unies*. C'est peut-être là une des bizarreries de notre langue, et je demande bien pardon d'une observation aussi microscopique.

Du reste, la doctrine, ce qui est beaucoup plus important, est parfaitement exacte et parfaitement exposée. Toute cette théorie de la cession d'hypothèque est on ne peut mieux conduite, au milieu de tous les doutes qu'elle a soulevés, jusqu'à la loi du 23 mars 1855, qui les a dissipés en autorisant, d'une

Digitized by Google

manière plus ou moins explicite, la cession de l'hypothèque, indépendamment de la créance dont elle est l'accessoire.

Contentons-nous de signaler la discussion approfondie qui termine le commentaire des articles 2114 à 2117, sur la matière si difficile du concours de l'hypothèque générale avec des hypothèques spéciales, et le long commentaire de l'article 2118 sur les biens susceptibles ou non d'hypothèque. Nous y trouvons la réfutation de la doctrine de M. le premier président Troplong sur le caractère immobilier du bail, et la discussion du point de savoir si l'hypothèque elle-même est susceptible d'hypothèque.

Il nous faut sauter à pieds joints par-dessus la section des hypothèques légales, où nous avons le plaisir de nous voir très-courtoisement cité et combattu, aussi bien que par-dessus celle des hypothèques judiciaires, matières l'une et l'autre du plus haut intérêt, mais qui donneraient lieu à des développements dépassant toute mesure. Nous recommanderons toutefois la lecture des observations qui précèdent le commentaire des articles, et dans lesquelles M. Paul Pont défend les hypothèques légales et les hypothèques judiciaires contre les attaques dont elles ont été l'objet. Il a envisagé (c'est lui-même qui le dit) notre régime hypothécaire *dans une pensée très-prononcée de conservation*, et il nous montre la Belgique, où les hypothèques judiciaires ont fini par succomber, commençant déjà à en regretter la suppression. C'est une leçon dont nous ferons bien de profiter.

Nous voici aux hypothèques conventionnelles, et nous approuvons M. Paul Pont d'avoir pris aussi la défense de la faculté d'hypothéquer les biens à venir, quoique cette faculté eût eu, en 1851, de grandes chances d'être supprimée, si le projet de réforme hypothécaire qui fut alors discuté avait abouti. Mais nous n'admettrions pas facilement la solution qu'il donne de la question de savoir si le montant de l'indemnité payée en cas de sinistre par une compagnie d'assurances, doit appartenir aux créanciers hypothécaires. La question n'a pas d'intérêt, puisqu'il n'y a pas aujourd'hui d'obligation hypothécaire sur un immeuble assuré qui ne contienne la cession éventuelle de l'indemnité au créancier, cession dont l'efficacité est garantie par la signification qui en est faite à la compagnie. Mais en l'absence même d'une stipulation de ce genre, pourquoi

Digitized by Google

donc, comme l'avaient décidé les premiers arrêts sur la question, le montant de l'assurance ne deviendrait-il pas de plein droit le gage des créanciers hypothécaires? N'est-ce pas là un de ces cas où *il faut que la jurisprudence*, comme le disait si bien M. le président Bérenger, *se plie aux besoins de la société et suive ses progrès?* A l'époque de l'élaboration du Code civil, les assurances terrestres n'existaient pour ainsi dire pas; il n'est donc point étonnant qu'on n'y ait pas introduit une disposition analogue à celle qui figure dans la loi d'expropriation et qui fait porter sur le prix tous les droits qui existaient sur l'immeuble. Mais est-ce que la raison seule et l'équité ne veulent pas que le créancier exerce les siens sur l'indemnité qui représente l'immeuble? *Pretium tenet locum rei....* L'indemnité, dit-on, n'est pas le prix de l'immeuble qui a péri.... Pour la compagnie qui paye, sans doute, puisqu'elle n'achète pas l'immeuble qui a péri; mais pour le propriétaire, et par conséquent pour les créanciers hypothécaires, si ce n'est pas le prix, c'est quelque chose qui y ressemble beaucoup. Non, je ne saurais admettre dans l'application des lois, cette espèce de rigueur littérale qui aboutit à une injustice manifeste.... Mais la question, nous l'avons dit, n'a plus aujourd'hui d'intérêt.

J'avoue franchement que, pour interrompre la monotonie de l'éloge, je m'en vais cherchant par-ci par-là, non pas ce qu'il y a à louer, je n'en finirais pas, mais ce qui, à tort ou à raison, peut servir d'assiette à une critique. Or, depuis que j'étudie le livre de M. Paul Pont, je tiens en réserve deux ou trois grosses querelles que j'ai prémédité de lui faire, et il est temps que j'y arrive.

Je quitte donc, quoiqu'à regret, cette troisième section du chapitre 3, où l'auteur traite magistralement de la capacité pour constituer hypothèque, de la forme du contrat hypothécaire, du caractère de l'hypothèque et des limites que comporte le système de la loi, et je me borne à signaler les développements qui la terminent et qui sont relatifs à la matière si épineuse, mais si usuelle et si pratique, des ouvertures de crédit, au sujet desquelles on s'est demandé si l'hypothèque concédée devait dater du jour de la convention ou du jour de la réalisation du prêt. Enfin, dans la section 4 de ce même chapitre, il faut remarquer la discussion sur la validité des *mentions de subrogation* dans les effets d'une hypothèque légale, accolées à une

Digitized by Google

inscription d'hypothèque conventionnelle. M. Paul Pont a le malheur de se trouver ici en opposition avec la Cour de cassation, qui a décidé, le 4 février 1856, « que la simple mention de subrogation dans l'hypothèque légale, accessoirement à l'inscription d'une hypothèque conventionnelle, ne saurait équipoller à l'inscription de l'hypothèque légale elle-même et la remplacer. » Certainement c'est rigoureux, l'inscription de l'hypothèque conventionnelle, avec mention de subrogation dans l'hypothèque légale, contenant tout ce que contiendrait l'inscription directe de l'hypothèque légale, suivie de la mention de subrogation. D'un autre côté comment concevoir la subrogation dans l'effet d'une inscription qui n'existe pas?... Mais ne discutons point et bornons-nous à dire qu'on ne saurait présenter une thèse délicate, subtile même, avec plus d'art et de lucidité.

Nous ne nous arrêtons pas aux chapitres 4 et 5 qui traitent du mode d'inscription des priviléges et hypothèques et de la radiation et réduction des inscriptions, chapitres qui contiennent une foule de mesures de détail qui pourraient les faire considérer comme le Code de procédure des hypothèques, et nous arrivons directement au chapitre 6, *De l'effet des priviléges et hypothèques contre les tiers détenteurs*, qui, ainsi que le dit très-bien M. Paul Pont, organise *le droit de suite*.

L'exercice de ce droit est subordonné à une inscription : quand cette inscription doit-elle être prise pour être utile? Ici se reproduisent les variations de la législation que l'auteur avait déjà eu l'occasion de signaler dans le commentaire de l'article 2108, auquel la loi du 23 mars 1855 est venue rendre un sens que les commentateurs, comme nous le disions plus haut, s'étaient reconnus incapables de découvrir. Aujourd'hui, c'est en général à partir de la transcription qu'il ne peut plus être pris d'inscription sur le précédent propriétaire, et les articles 834 et 835 du Code de procédure sont abrogés.

Après avoir déterminé les conditions de l'exercice du *droit de suite*, M. Paul Pont arrive aux effets de ce droit, effets que la loi caractérise par ces mots : *pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions;* expressions qui montrent, comme le dit très-bien notre auteur, « que le droit de suite tend « à la réalisation du gage par l'expropriation à la suite de la- « quelle s'ouvrira l'ordre où les créanciers inscrits se feront « colloquer. »

Digitized by Google

C'est ici que j'espérais trouver discutée par M. Paul Pont la question singulière qui s'est élevée sur l'article 2166, touchant précisément l'étendue de ce droit de suite. Le gage a été réalisé, l'immeuble vendu, l'ordre ouvert. Mais le premier créancier inscrit se trouve être un rentier viager, et, pour assurer le service de ses arréages, il faut commencer par mettre en réserve un capital susceptible de produire, au denier vingt, le montant de la rente. Ce capital n'est pas absorbé, mais il est momentanément indisponible. Il redeviendra libre un jour, lorsque arrivera le décès du crédi-rentier. Aussi n'est-ce que sur le surplus du prix de l'adjudication que le second créancier inscrit peut être utilement colloqué, et ce surplus peut ne pas suffire pour le désintéresser complétement. Dans ce cas, les fonds venant à manquer sur lui, que fait-il? Il imagine fort ingénieusement de former une saisie-arrêt sur le capital mis en réserve pour le service de la rente viagère, afin d'en faire vendre la nue propriété et de s'en faire attribuer le prix, le tout en vertu de son droit de suite. Mais ce droit comporte-t-il une extension pareille? Cette combinaison d'une saisie-arrêt, entée en quelque sorte sur une saisie immobilière, peut-elle venir en aide au créancier primé par le crédi-rentier? Enfin ce créancier a-t-il le droit d'absorber à lui tout seul, de faire disparaître à son profit, par la vente de la nue propriété, un capital qui, si la rente viagère venait prochainement à s'éteindre, pourrait servir à désintéresser lui et les créanciers colloqués après lui?... Telle est la question, d'un intérêt tout pratique, que je comptais bien voir figurer dans l'excellent livre dont je m'occupe : je l'y ai vainement cherchée. Elle avait pourtant donné lieu à quelques arrêts en sens divers, et l'autorité de M. le premier président Troplong (*Priv. et hyp.*, n° 959 *ter*) avait entraîné la Cour de Paris à décider que le créancier hypothécaire, sur qui les fonds viennent à manquer, a le droit de mettre la main sur le capital réservé pour le service de la rente viagère qui le prime et de faire vendre ce capital pour s'en attribuer le prix.

Nous avons eu l'heureuse chance d'obtenir la cassation de cet arrêt, contrairement, il est vrai, à l'opinion du rapporteur M. Moreau (de la Meurthe) et aux conclusions de M. le premier avocat général Nicias Gaillard, et si la Cour n'a pas cru devoir suivre la voie que lui indiquaient deux magistrats aussi émi-

Digitized by Google

nents, c'est incontestablement la preuve que la question présentait des doutes sérieux, et qu'elle méritait de fixer l'attention de notre auteur. L'arrêt, en date du 22 janvier 1851, est rapporté en tête du volume de cette année de notre *Recueil général des lois et arrêts.*

Voilà la première des grosses querelles que j'avais à faire à M. Paul Pont : en voici une autre du même genre.

Au chapitre 9, *Du mode de purger les hypothèques quand il n'existe pas d'inscriptions sur les biens des maris et des tuteurs,* M. Paul Pont, après avoir énoncé que la purge légale est facultative, comme la purge des hypothèques inscrites, ajoute qu'elle est cependant nécessaire en ce sens que c'est par cette voie seulement que les hypothèques non inscrites peuvent être purgées. Et, à ce sujet, il rappelle la question autrefois si controversée de savoir si l'adjudication sur expropriation forcée n'a pas pour effet de purger par elle-même les hypothèques légales et de dispenser par suite l'acquéreur des formalités de la purge.

On sait que la Cour de cassation avait d'abord décidé que l'adjudication sur expropriation forcée purgeait les hypothèques légales, mais qu'un arrêt des chambres réunies du 22 juin 1833 a fini par décider le contraire. M. Paul Pont rend parfaitement compte de ces variations de la jurisprudence. Mais il était arrivé qu'antérieurement à la décision solennelle de 1833, un acquéreur sur expropriation forcée s'était dispensé de remplir les formalités de la purge, confiant dans la jurisprudence alors régnante qui attribuait à cette adjudication l'effet de purger par elle-même l'hypothèque légale non inscrite de la femme, et avait distribué par voie d'ordre son prix entre les créanciers. Puis, voilà que plus tard la femme de l'exproprié, qui n'avait point paru jusque-là, se montre et réclame les droits résultant pour elle de son hypothèque légale, qui, d'après la nouvelle jurisprudence, n'avait pas été purgée par l'expropriation. L'acquéreur paye, mais il exerce un recours contre le créancier qui avait été payé au défaut de la femme, et obtient de la Cour de Caen un arrêt qui condamne celui-ci à restituer ce qu'il avait reçu, par ce motif que l'acquéreur n'avait commis aucune faute en se dispensant de remplir des formalités que la jurisprudence en vigueur déclarait superflues. Nous avons reçu la mission d'attaquer cet arrêt, et nous en avons obtenu la cassation le 12 novembre 1850. L'arrêt de la Cour suprême

Digitized by Google

est inséré dans notre *Recueil général des lois et arrêts*, vol. 1851, 1re partie, p. 14. C'est encore là une décision qui (si l'amour paternel ne nous fait illusion) rentrait dans le cadre de M. Paul Pont, et nous l'aurions vu avec plaisir la rappeler à la suite de ses judicieuses observations sur le revirement de jurisprudence qu'a opéré l'arrêt solennel du 22 juin 1833.

Nous ne signalons, au reste, ces légères omissions, qui n'en sont peut-être pas, qu'avec une certaine réserve. Une question de droit n'a pas toujours une place parfaitement déterminée; on peut, suivant le point de vue sous lequel on l'envisage, la rattacher à un article ou à un autre, et ceux sous lesquels nous avons cherché les questions que nous venons de signaler ne sont peut-être pas ceux sous lesquels M. Paul Pont aurait cru devoir les placer. Ceci nous conduit à lui soumettre à lui-même une dernière observation.

Le *Commentaire-Traité* des priviléges et des hypothèques est terminé par un *résumé* ou *table analytique*, non dans l'ordre alphabétique des mots consacrés par la science ou par l'usage, mais dans l'ordre numérique des articles du livre. M. Paul Pont a suivi les errements de son prédécesseur, qui écrivait ou du moins qui avait commencé à écrire surtout pour l'école; mais le talent de l'auteur et le mérite de l'œuvre eurent promptement placé le livre bien au-dessus de la sphère modeste dans laquelle Marcadé avait paru d'abord vouloir se renfermer. Aussi dans chacune de ses nouvelles éditions, et il en a publié plusieurs, tout en laissant son livre inachevé, a-t-il graduellement augmenté la portée de son ouvrage, dont il n'a peut-être conservé les résumés que pour rester fidèle à la forme qu'il avait primitivement adoptée.

Toutefois le résumé de M. Paul Pont n'est conçu ni dans le même esprit ni sur le même plan que ceux de Marcadé : ce qu'il appelle *résumé* ou *table analytique* est une sorte de tableau destiné à guider le lecteur et à faciliter ses recherches.

Sans doute c'est quelque chose; mais d'abord on ne peut pas donner à ce résumé le nom de *table analytique*; c'est un *tableau*, ce n'est pas une *table*. Une table emporte avec soi l'idée de l'ordre alphabétique, uni à l'ordre méthodique; et, en reproduisant sous les différents mots de la langue du droit les matières et les questions traitées par l'auteur d'après le plan qu'il s'était tracé, elle offre au lecteur un moyen de plus

Digitized by Google

de trouver le point sur lequel il veut s'édifier. Au contraire, la reproduction *en miniature*, si l'on peut s'exprimer ainsi, de l'ouvrage dans le résumé, si elle permet de le parcourir plus rapidement, oblige toujours de le parcourir tout entier, si la question que l'on cherche ne se trouve pas précisément traitée sous l'article auquel on suppose qu'elle se rapporte.

Aussi regrettons-nous que M. Paul Pont n'ait pas jugé à propos de joindre une vraie table alphabétique à son ouvrage; et l'absence de cet instrument de recherche sera notre excuse si les questions que nous aurions désiré le voir traiter se trouvent dans quelque partie de son ouvrage où nous n'aurions pas su les découvrir.

Nous l'avons cependant lu avec grand soin et, sans parler du profit, nous y avons trouvé le plaisir qu'on éprouve à suivre dans le développement d'une matière pleine d'intérêt un auteur qui sait mettre toute chose en sa place, faire saisir, dans chacune des dispositions qu'il commente, l'esprit qui l'a dictée en indiquer la source, signaler en quoi elle concorde avec la législation antérieure, en quoi elle en diffère; rappeler les discussions auxquelles elle a donné lieu au sein du Conseil d'État ou ailleurs; déduire dans l'ordre le plus *naturel*, c'est-à-dire dans l'ordre où elles *naissent*, toutes les difficultés auxquelles un texte a donné lieu; faire connaître les solutions diverses qu'elles ont pu recevoir, soit de la part des auteurs, soit de la part des différentes juridictions; discuter les opinions des uns et les décisions des autres avec autant de fermeté que de convenance, et enfin exposer son propre sentiment avec autant de liberté que de modération. Telle est, quant au fond, l'impression que nous a produite l'ouvrage dont nous venons de mettre en relief les parties les plus saillantes. Il nous reste à l'examiner sous le rapport de la forme, en appréciant M. Paul Pont, non plus comme juriste, mais comme écrivain.

§ 4.

C'est sans doute dans les œuvres littéraires que le style est l'essentiel : c'est de ces œuvres qu'on a pu dire qu'elles ne vivent que par le style. Mais, sans avoir absolument la même importance dans les œuvres scientifiques, ce serait une erreur de croire qu'il y est tout à fait indifférent. Il est même à remarquer, pour parler tout de suite de ce qui semble le plus

Digitized by Google

étranger à la littérature, que les grands géomètres, les grands astronomes, en un mot les savants de premier ordre, dans quelque branche des connaissances humaines que ce soit, ont été de grands écrivains. La *Géométrie descriptive* de Monge, la *Théorie analytique de la chaleur* de Fourrier, l'*Exposition du système du monde* de Laplace, le *Discours sur les révolutions du globe* de Cuvier, ne sont pas seulement des ouvrages savants : ce sont, on peut le dire, des œuvres littéraires dans toute la force du terme, et leurs auteurs, dans la recherche, la constatation et la description des faits naturels, ont atteint le charme des ouvrages de pure imagination. Et il ne faut pas s'en étonner : tout dans le monde a son aspect littéraire, et même son aspect poétique pour qui sait le saisir et le rendre. Aussi ces hommes de génie, tout en s'occupant de la science, objet de leur prédilection, sont arrivés à donner à leur pensée la forme la plus pure et la plus attrayante. C'est ainsi que Monge se montre habile écrivain en exposant cet ensemble ingénieux de méthodes où les modifications de l'étendue sont développées à l'aide du dessin. Il en est de même de Fourrier quand, armé de l'observation et du calcul, il va dans les profondeurs de la terre en interroger la température, découvrir les lois de la propagation de la chaleur, et pénétrer la constitution intime du globe. Et Laplace, traçant dans l'immensité des cieux la route de ces astres qui accomplissent silencieusement leurs immenses révolutions; et Cuvier, constatant les états successifs de notre globe, antérieurs à la forme définitive qu'il paraît avoir revêtue, ont dans leur style comme un reflet de l'imposante grandeur des sujets qu'ils ont traités. L'art du style, en effet, s'applique à tout, et cela parce que, comme l'a si bien dit Royer-Collard dans son discours de réception à l'Académie française, où il succédait précisément à Laplace, « la littérature n'est pas un territoire certain, qui soit borné par d'autres « territoires, et qui ne puisse s'agrandir que par une injuste « invasion : rien de l'homme ni de l'univers ne lui est étranger. »

Il y a plus, et au point de vue même de l'exposition doctrinale et de la discussion scientifique, la vérité n'a qu'à gagner, elle n'a que plus de chances d'être accueillie si elle est présentée avec ces formes gracieuses qui la rendent accessible à toutes les intelligences. Et puis enfin la netteté et la précision, qui sont les premières et les plus essentielles qualités du style,

Digitized by Google

concourent aussi pour une grande part à tarir la source des erreurs que multiplient et propagent l'inexactitude et l'incorrection.

M. Paul Pont en fait la remarque : « Ce ne sont pas, dit-il, « choses indifférentes que la justesse et l'exactitude du langage « juridique : dans une certaine mesure, elles concourent à la « rectitude de l'idée. » Et l'on peut, sur ce point, invoquer l'autorité de Cujas, dont se prévaut aussi Ménage dans la préface de son *Dictionnaire étymologique* (édition de 1694). « La no- « tion précise des termes, dit ce lexicographe, fait comme la « principale ou du moins la plus nécessaire partie des sciences « mêmes qui semblent ne s'attacher qu'à la connaissance des « choses. Cujas, interrogé où il avait puisé des connaissances « si nettes et si distinctes sur toute la jurisprudence, ne mon- « tra point d'autre livre que le Calepin, ajoutant que qui était « maître des notions était maître des lois et du bon sens qui « leur sert d'interprète. »

De combien d'erreurs, en effet, un langage inexact ou incorrect n'est-il point la source! On pourrait même dire que l'une des plus sérieuses difficultés qu'offre l'étude du droit vient de ce que la langue juridique n'offre pas cette rigueur absolue qui caractérise les langues exclusivement scientifiques. Chaque science, en effet, a sa langue particulière : l'algèbre, la géométrie ont la leur. La chimie aussi a la sienne, et la langue d'une science lui est si intimement unie que l'infortuné Lavoisier, dans la préface de son *Traité de chimie*, fait cette observation profonde « que tout en ne pensant s'occuper que d'une simple nomenclature, il s'aperçut qu'il était amené à refaire la science elle-même. » Chaque science a donc sa langue et le droit aussi a la sienne, qui malheureusement se distingue peu de la langue ordinaire, et c'est peut-être pour cela qu'elle est la plus difficile à bien parler. Ici s'applique en effet cette ingénieuse pensée de Mme de Stael : « Il en est des mots comme des per- « sonnes : là où les rangs sont confondus, la familiarité est « dangereuse. » Aussi ce n'est qu'avec une grande surveillance sur eux-mêmes que les bons écrivains de droit, et ils sont rares, sont parvenus à se faire un style à eux et à déduire dans un noble langage les considérations particulières à la science qu'ils ont cultivée.

Parmi les écrivains-légistes, il serait peut-être permis de dis-

Digitized by Google

tinguer ceux qu'on pourrait appeler *écrivains de lettres* et ceux qu'on pourrait appeler *écrivains d'affaires*. Je me garderai bien d'appliquer cette distinction aux auteurs contemporains ; mais on peut parler des morts, surtout pour en faire l'éloge, et, sans remonter au siècle précédent, où notre classification pourrait s'appliquer, d'une part à Daguesseau et d'autre part à Pothier, nous placerions Merlin et Toullier, l'un à la tête des écrivains de lettres, l'autre à la tête des écrivains d'affaires. Merlin est remarquable, je ne parle ici, bien entendu, que de la forme, par l'abondance, l'ampleur et la correction; Toullier, par la sobriété, la précision et même l'élégance, qualités qui pourraient le faire ranger dans la classe des lettrés, si Merlin n'y avait plus de droits par ce motif qu'appelé, comme procureur général, à parler en public, il s'exprimait avec d'autant plus de soin que, n'étant pas improvisateur, il écrivait tout ce qu'il devait dire et le disait tel qu'il l'avait écrit.

Nous ne pousserons pas plus loin cet essai de classification et nous nous arrêtons en présence des illustrations contemporaines, dont il nous est échu quelquefois d'apprécier isolément les œuvres, mais dont il ne nous appartient à aucun titre de déterminer le rang.

Nous userons par les mêmes raisons de la même réserve à l'égard de M. Paul Pont lui-même, et nous nous contenterons de dire, pour remplir jusqu'au bout notre tâche, que sa manière est de la bonne école : simple et naturel (qualités précieuses !), M. Paul Pont est toujours lui-même. Il dit dans sa préface, nous l'avons signalé, que tout en continuant Marcadé, il n'avait pas cru devoir s'astreindre à copier sa manière; et cette liberté qu'il s'est donnée vis-à-vis de son antécesseur, comme il l'appelle, il en use vis-à-vis de tous : il ne copie, il n'imite personne. Claire et limpide, sa pensée se formule dans une phrase parfaitement nette. On le lit avec fruit, cela va sans dire; mais, ce qui est rare pour les livres de jurisprudence, on le lit avec un vrai plaisir.

A. CARETTE.

Digitized by Google

INTRODUCTION A L'HISTOIRE DES SOURCES DU DROIT FRANÇAIS

(PRINCIPALES QUESTIONS CONTROVERSÉES).

Par A. BERTAULD, professeur à la Faculté de droit de Caen.
— Paris, Marescq, 1860. In-12.

Compte rendu par M. L. M. DE VALROGER fils, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

La science du droit doit à M. Bertauld un excellent ouvrage sur la législation pénale, et aussi plusieurs monographies dans lesquelles l'auteur se prenant à quelque question qui divise la doctrine et la jurisprudence, a su l'agrandir par la profondeur de son étude et la richesse de ses aperçus. Voici maintenant un livre d'un autre genre. De la pratique du droit, M. Bertauld se tourne vers son histoire, et dans ce livre, petit par le volume, mais très-large par les questions qu'il remue et les idées qu'il émet, il cherche à donner une vue exacte *des principales questions controversées* que soulèvent les premières origines de notre droit français.

L'auteur n'est donc point de ceux qui jugent inutile de se préoccuper des premiers temps de notre obscure histoire, et selon qui l'on ne peut qu'embrouiller, en essayant de l'éclairer, la question de nos origines. Il comprend qu'on ne saurait plus aujourd'hui écarter ces problèmes, pour revenir aux fables convenues dont on s'est contenté longtemps. Son but, dans cette *introduction*, a été d'initier *les jeunes hommes pour lesquels il écrit* à l'étude de ces difficiles questions.

M. Bertauld ne pense pas que la Gaule ait subi sous la domination de Rome une transformation aussi complète que d'autres l'ont cru. Elle aurait donc été encore celtique en quelque mesure, quand les Francs s'y établirent. Quel fut le caractère de cet établissement? Peu de questions ont donné lieu à un pareil conflit de systèmes. Aux deux termes opposés se placent le marquis de Boulainvilliers qui supposait la plus dure conquête, et l'abbé Dubos qui ne voyait presque rien de changé dans la Gaule après l'arrivée de ces nouveaux venus. M. Bertauld incline beaucoup vers les idées de l'abbé Dubos. Il a même donné en appendice un des chapitres les meilleurs de l'*Histoire critique de l'établissement de la monarchie française.*

Digitized by Google

Cependant il ne croit pas que l'établissement des Francs ait si peu dérangé les existences des Gallo-Romains. Il admet un profond bouleversement dans la propriété, sans croire à un partage régulier des terres, et encore moins à une dépossession générale des indigènes.

Les Gallo-Romains conservèrent à plus forte raison leur liberté civile. Ils ne furent pas même privés des droits politiques : leur aptitude à l'exercice des fonctions publiques est incontestablement prouvée par l'histoire. Est-ce à dire qu'une égalité complète ait eu lieu entre Francs et Gallo-Romains? M. Bertauld ne se dissimule pas que cette hypothèse rencontre des objections très-embarrassantes. Cependant, en définitive, il paraît ne reconnaître guère aux Francs d'autre privilége qu'une exception d'impôt. Comme bientôt tout le système financier de l'empire fut bouleversé, il s'ensuivrait qu'une fusion s'opéra tout naturellement.

Cependant il est parfaitement constaté que les indigènes conservèrent l'usage du droit romain, tandis que les Germains restaient régis par leurs coutumes nationales qui furent alors formulées en lois. M. Bertauld jette un coup d'œil sur ces lois barbares, en signalant les questions nombreuses qu'elles font naître. Au-dessus de ces statuts personnels s'élevaient les capitulaires des princes francs qui ramenaient quelque unité dans ce grand pêle-mêle de lois discordantes; et à ces sources du droit séculier s'ajoutait le droit canonique, autre principe d'unité.

Après cette exposition, M. Bertauld aborde résolûment la question de savoir quelle part revient aux divers éléments qui ont pu entrer dans la formation de notre droit.

Le cas si grand qu'il fait de l'ouvrage de l'abbé Dubos fait deviner que M. Bertauld accorde une très-large place à la tradition romaine. Il reconnaît toutefois que les idées de l'abbé Dubos furent excessives. Le Germanisme a marqué son influence bien plus que le docte académicien ne le supposait. Mais M. Bertauld ne veut pas que le rôle de ce second élément de notre droit soit lui-même exagéré.

Ce qu'il est plus difficile de déterminer, c'est la part qui revient à l'élément celtique dans la formation de notre droit. M. Bertauld cite une page brillante de M. Troplong : « Les uns, « comme Grosley, ont bâti sur des fondements gaulois tout

Digitized by Google

« l'édifice de nos coutumes; l'abbé Dubos et Bouhier veulent « au contraire que tout se rapporte aux Romains, tandis que « l'école germanique revendique pour les Germains la part « la plus considérable dans les principes qui ont gouverné le « moyen âge. Pour mon compte, sans repousser tout à fait ces « trois systèmes, je n'en adopte complétement aucun..... » M. Bertauld adopte cette thèse éclectique. Il va même plus loin que M. Troplong, qui reconnaît que l'influence de l'élément gaulois a été médiocre. M. Bertauld ne paraît pas éloigné de faire à cet élément la part si large que le savant M. Laferrière s'est efforcé de lui assurer. « M. Laferrière a consacré une par- « tie du tome II de son histoire du droit civil de Rome et du « droit français à la preuve du maintien de la tradition galli- « que. Il l'a cherchée, et, suivant nous, il l'a trouvée, spécia- « lement dans le droit civil, dans l'état des personnes, dans les « rapports des personnes avec les propriétés foncières; et pour « nous borner à une indication, il établit que c'est du droit gal- « lique que nous vient le principe : *Paterna paternis, materna « maternis*, les propres ne remontent point, et le principe : « Les héritiers sont engendrés et non institués, *gignuntur he- « redes et non inscribuntur*; ce principe si énergiquement tra- « duit par Granville : *Solus Deus heredes facere potest, non « homo*. Cette étude aura atteint notre but si elle contribue à « accréditer l'idée que notre législation n'est ni exclusivement « gauloise, ni exclusivement romaine, ni exclusivement ger- « manique; mais qu'elle dérive principalement de ces trois « sources, à chacune desquelles elle a puisé..... » Telle est la conclusion de l'auteur.

En exprimant cette opinion sur la question la plus obscure que présente l'histoire du droit français, M. Bertauld a bien su qu'elle ne rallierait peut-être pas tous les suffrages.

L'idée que les coutumes celtiques ont dû laisser quelque empreinte dans notre droit est séduisante *à priori*; mais quand il s'agit de la démontrer par les faits, la chose devient fort embarrassante. Les adversaires de la thèse de M. Bertauld nieront qu'il soit prouvé que les principes que l'on cite comme celtiques aient régné dans la Gaule; et ils diront qu'on voit, au contraire, ces principes se produire au moyen âge, sous l'influence du germanisme et de la féodalité. Je m'arrête. *Non nostrum tantas componere lites*..... Loin de moi surtout la har-

Digitized by Google

diesse trop grande de me commettre avec un adversaire aussi vigoureux que M. Bertauld. Je n'ai voulu que donner une idée d'un livre qui sera lu avec beaucoup de fruit par tous ceux qui aimeront à trouver, recueillies, classées, condensées dans un cadre resserré les principales questions juridiques agitées à l'occasion des périodes mérovingienne et carlovingienne.

L. M. DE VALROGER.

CHRONIQUE.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

L'Académie de législation a, le 8 janvier, tenu sa séance publique et annuelle, dans une des salles du tribunal, sous la présidence de M. le conseiller Niel. On remarquait dans l'auditoire la présence de MM. le premier président, le préfet, le procureur général, le général Pourcet, Rocher, recteur de l'Académie ; du maire de Toulouse et de plusieurs autres notabilités.

La parole a d'abord été donnée à M. le conseiller Sacase, secrétaire perpétuel de l'Académie, qui, dans un discours d'une science rare, unie à une élégance soutenue, a fait le dénombrement et a apprécié les mérites des divers travaux dont l'Académie a reçu communication, dans le cours de l'année écoulée, soit de la part des académiciens titulaires, soit de la part des correspondants français et étrangers.

M. Molinier, professeur à l'École de droit, a ensuite présenté le compte rendu du concours établi sur les différentes questions proposées par l'Académie. L'honorable rapporteur a regretté qu'un plus grand nombre de concurrents n'aient pas répondu à l'appel fait par la compagnie savante dont il était l'organe. C'est ainsi que le sujet du concours ordinaire (Étude sur la vie et les travaux de Grotius) n'a été traité que par un candidat, et encore d'une manière insuffisante, de telle façon qu'il a été remis au concours pour l'année 1861.

Le sujet du concours établi par la ville de Toulouse (Étude sur le franc-alleu dans l'ancien ressort du parlement de Tou-

Digitized by Google

louse) n'a pas eu un meilleur sort, et a dû aussi être remis à l'année prochaine.

L'Académie a été plus heureuse à l'égard du concours établi par le conseil général de la Haute-Garonne, dont le sujet était une étude sur la législation des subsistances publiques, et elle a pu couronner une œuvre consciencieuse, savante et habile, dont l'auteur est M. d'Albénas, avocat à la cour de Montpellier.

M. le conseiller Niel, président de l'Académie, s'était réservé de faire connaître le résultat du concours institué entre les Mémoires déjà couronnés par les Facultés de droit de l'empire, et il s'est acquitté de sa tâche avec la solidité d'esprit qui le distingue. Quatre Facultés seulement, celles de Paris, de Dijon, d'Aix et de Poitiers, avaient décerné la médaille du doctorat, en sorte que le nombre des combattants a été fort restreint. L'Académie, tout en reconnaissant le mérite des Mémoires couronnés à Aix, à Dijon et à Poitiers, a, sans hésitation, accordé la prééminence et le prix de M. le ministre de l'instruction publique au Mémoire de la Faculté de Paris. Ce travail, extrêmement distingué à tous les points de vue, a, pour sujet : *L'aliénation et la prescription du domaine de l'État, des communes et des établissements publics, dans le droit ancien et le droit moderne;* il est aujourd'hui livré à l'impression, et a pour auteur M. Anatole Bérard des Glajeux, docteur en droit, substitut à Dreux (Eure-et-Loir).

Après la lecture de ces trois discours et la distribution des médailles, la séance a été levée.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

DONATION, ENTRE ÉPOUX, DE L'UNIVERSALITÉ DE L'USUFRUIT, ET DE CERTAINS OBJETS DÉTERMINÉS EN TOUTE PROPRIÉTÉ.

DE LA MANIÈRE D'OPÉRER LA RÉDUCTION, EN CAS D'EXISTENCE D'ENFANTS, AU DÉCÈS DU DONATEUR.

Par M. CASSEMICHE, substitut du procureur impérial à Paris.

Par leur contrat de mariage, les époux X... se sont fait respectivement donation :

1° *En toute propriété*, des *meubles meublants* et *provisions de ménage* qui existeraient au jour du décès du prémourant ;

2° Et, *en usufruit, de l'universalité des biens meubles et immeubles* qui composeraient la succession du prédécédé ;

Avec stipulation « qu'en cas d'existence d'enfants, cette do-« nation, tant en toute propriété qu'en usufruit, *subirait les ré-« ductions voulues par la loi.* »

L'hypothèse s'est réalisée : deux enfants, encore existants, sont nés du mariage. De là la question de savoir, arrivant le décès du mari, comment la réduction doit être opérée.

I.

Le notaire liquidateur, sans donner à cet égard aucune explication dans son travail, a attribué à la veuve, en vertu de ces donations, *un quart* en TOUTE PROPRIÉTÉ et *un quart* en USUFRUIT de l'actif net de la succession.

Cette attribution se justifierait d'elle-même si, comme cela eût pu arriver, les *meubles meublants* et *provisions de ménage*, objet de la donation *en toute propriété*, se fussent trouvés d'une valeur *égale* ou *supérieure* au quart de l'actif net de la succession.

Mais quoiqu'on ait eu le tort, lors de l'inventaire, de ne pas inventorier *par distinction* les meubles meublants et provisions de ménage, il est facile, à l'aide d'un dépouillement, de vérifier que la valeur de ces objets n'est guère que de 6,100 fr. environ, tandis que le quart de l'actif net de la succession s'élève à

Digitized by Google

13,673 fr. 60 c.; — de sorte que l'opération dite *de réduction*, telle qu'elle est faite par le notaire, a tout d'abord pour résultat d'*augmenter* de 7,573 fr. 60 c., c'est-à-dire de *doubler*, et *au delà*, l'importance de la donation *en toute propriété*.

II.

Invité à déduire les motifs qui l'avaient déterminé à adopter ce mode d'opérer, le notaire n'a point prétendu que les termes de la donation comportassent une interprétation d'après laquelle on devrait y voir la volonté, de la part des époux, de se donner respectivement, au cas de survenance d'enfants, *la plus large part possible* de leur succession, tant *en toute propriété* qu'en *usufruit*. Il ressort en effet manifestement des termes de la donation, d'une part, que les époux n'ont entendu dépouiller leurs enfants d'aucune partie de la succession *en toute propriété*, EN DEHORS des meubles meublants et provisions de ménage; — et d'autre part, au surplus, qu'ils ont entendu s'en remettre aux règles spéciales de la matière, pour la réduction dont la donation serait susceptible en cas de survenance d'enfants.

III.

Il paraît, à en juger par la note qu'il a fournie pour justifier son travail, que le notaire liquidateur, ne consultant la doctrine et la jurisprudence que dans les *tables* des recueils périodiques, et considérant que la question était l'objet d'une *sérieuse* controverse, a cru pouvoir se ranger à l'opinion d'après laquelle toute donation universelle en usufruit entre époux devrait *toujours* se réduire, en cas d'existence d'enfants nés du mariage, non pas à *moitié* en usufruit, suivant les termes formels de l'article 1094, mais bien *à un quart en propriété et un quart en usufruit*. Et, c'est en partant de ce point que, sans même exciper de la donation en toute propriété des meubles meublants et provisions de ménage, il a opéré ainsi qu'on l'a dit.

Or si, à son exemple, on fait, pour un instant, abstraction de cette donation en toute propriété des meubles meublants et provisions de ménage; si, en d'autres termes, on ne s'attache qu'à la donation universelle en usufruit, il n'est pas possible

Digitized by Google

d'admettre la solution qu'il a donnée à la question de savoir comment elle doit être réduite.

Il s'en faut de beaucoup d'abord que la question soit aussi sérieusement controversée qu'il paraît l'avoir pensé.

1° Des nombreux arrêts qu'il cite, à l'appui de son mode d'opérer, *un seul* (celui de Poitiers, 20 mars 1823 ; *P.*, 17, p. 983) consacre la doctrine qu'il a adoptée ; quatre[1] statuent en matière de donations entre époux régies, *non* par l'article 1094, comme celle de l'espèce, mais par l'article 1098, ce qui est tout différent, comme on le verra *infrà ;* — un cinquième[2] a statué *par interprétation* des termes de la donation dans laquelle les époux, après s'être donné respectivement l'usufruit de tous les biens qu'ils laisseraient à leur décès, avaient ajouté : « Et, en « cas de survenance d'enfants, *tout ce dont les lois actuelles et « futures leur permettent et permettront de disposer l'un pour « l'autre.* » — Le dernier[3] statue également dans une *espèce particulière,* et la distinction qu'il consacre, bien qu'approuvée par M. Troplong (qui professe hautement la doctrine contraire à l'arrêt de Poitiers de 1823), paraît beaucoup plus subtile que rationnelle et juridique.

Toutes les autres Cours qui ont eu à statuer sur la question, et la Cour de Poitiers elle-même, devant laquelle elle s'est représentée depuis l'arrêt de 1823, l'ont résolue en ce sens qu'une donation *universelle* en usufruit, au cas de l'article 1094, ne peut être *transformée* ou *convertie* en une donation d'un quart en toute propriété et d'un quart en usufruit, mais doit toujours être *réduite,* à moins de stipulations contraires non équivoques, à *moitié en usufruit* SEULEMENT :

Besançon, 27 juin 1811; Dev., C. N., 3, 2, 512.
Amiens, 15 février 1822; *P.*, 17, p. 135.
Toulouse, 1er février 1827; D. P., 28, 2, 1.
Douai (dans ses motifs), 22 mars 1836.
Bourges, 12 mars 1839; S. V., 39, 2, 373.
Angers, 8 juillet 1840; *P.*, 1, 41, 375.
Poitiers, 27 mai 1851; *P.*, 2, 52, 474.

[1] Besançon, 28 mai 1823; Douai, 22 mars 1836; Bordeaux, 16 août 1853 et 3 juillet 1855; *P.*, 1, 56, 91.
[2] Caen, 20 mars 1843.
[3] Rouen, 8 avril 1853; *P.*, 2, 55, 238.

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

Orléans, 12 janvier 1855; *P.*, 1, 55, 207.
Bordeaux (implicitement), 3 juillet 1855; *P.*, 1, 56, 91.

2° Parmi les auteurs qui ont traité la question, le notaire a cité, dans le sens de l'arrêt de Poitiers de 1823 :

MM. Vazeille, *Donat. et testam.*, sur l'article 917, n° 6 [1].
Rolland de Villargues, v° *Portion disp.*, n° 118 [2].
Benech, *Portion disp. entre époux*, 435 et suiv.
Coulon, *Quest. de droit*, 2, 554 [3].

Mais on trouve, en sens contraire :

MM. Proudhon, *Usuf.*, n° 345.
Coin-Delisle, *Donat. et testam.*, sur l'article 1094, n° 8.
Zachariæ, *Cours de droit civ.*, 2, 5, § 689 et note 8.
Mourlon, *Répétit. écrites* (2e examen), p. 444.
Levasseur, *Portion disp.*, n° 87.
Guilbon, *Donat. entre-vifs*, n° 422.
Marcadé, t. IV, p. 255 et 256.
Troplong, *Donat. et testam.*, nos 2571 et suiv.

Ces deux derniers auteurs, notamment, établissent jusqu'à l'évidence que ce serait, non pas *réduire*, mais *dénaturer* les donations universelles en usufruit, que de les convertir en une donation d'un quart en propriété et d'un quart en usufruit.

3° C'est par la combinaison des articles 917 et 1094 que l'arrêt de Poitiers de 1823 admettait la *possibilité* de cette conversion, de cette transformation, considérant cet article 917 comme contenant une règle *générale* applicable aussi bien aux donations régies par l'article 1094 qu'aux donations en faveur d'é-

[1] Voici le passage de M. Vazeille : « L'article 917 n'est pas étranger aux dons d'usufruit excessifs faits entre époux; la raison qui l'a dicté est commune à toutes les donations d'usufruit ou de rentes viagères, et sa disposition est en termes généraux; quoiqu'elle ne soit pas répétée au chapitre 9 du titre des donations, elle doit faire règle pour les donations entre époux comme pour les autres. »

[2] M. Dalloz, avant lui (D. A., 6, 268), avait indiqué cette solution en citant purement et simplement l'arrêt de *Poitiers* du 20 mars 1823, qu'il attribuait à la Cour d'*Amiens*. — Le passage de M. Rolland de Villargues n'est guère lui-même qu'une citation de celui de M. Dalloz et de l'arrêt de Poitiers.

[3] Son argument décisif est tiré de ce qu'il en doit être de même ici qu'au cas où il s'agit d'une donation *en toute propriété* entamant la réserve.

Digitized by Google

trangers, et à celles entre époux régies par l'article 1098; aussi laissait-il aux héritiers du donateur l'*option* d'exécuter la disposition, ou d'abandonner au donataire le quart en propriété et le quart en usufruit.

Mais M. Benech a été beaucoup plus loin que cet arrêt de Poitiers : ce n'est pas seulement l'article 917 qu'il considère comme applicable à toutes donations d'usufruit ou de rente viagère, même à celles spécialement régies par l'article 1094; il voit aussi dans l'article 913 une règle générale qui ne souffrirait d'exception que dans le cas de l'article 1098. Suivant lui, l'article 1094 n'a point eu pour but de *restreindre* (comme l'a fait l'article 1098), mais au contraire d'*étendre* la faculté de disposer entre époux. — La disposition finale de l'article 1094 n'empêcherait pas l'époux de donner à son conjoint, même au cas d'existence d'enfants nés du mariage, une quotité plus forte que celle qu'il détermine, pourvu que la donation n'excédât pas les limites fixées par l'article 913 (c'est-à-dire celles des libéralités qu'il pourrait faire à un étranger). — Cette disposition finale ne serait destinée à recevoir son application que quand elle doit avoir pour résultat *d'augmenter*, en faveur de l'époux, la quotité disponible de l'article 913 : — par exemple, au cas où le donateur laissant trois enfants ou un plus grand nombre, ne pourrait, en conséquence, disposer que d'*un quart* en toute propriété en faveur d'un étranger.

Ainsi, pour le cas (qui se présente dans l'espèce actuelle) où le donateur ne laisse que deux enfants, ses héritiers seraient tenus, — ou d'exécuter les dispositions de la donation, — ou de faire l'abandon d'*un tiers en toute propriété*, si mieux n'aimait la veuve, à laquelle il réserve encore ce droit d'option, réclamer le disponible le plus élevé de l'article 1094, — soit *un quart* en pleine proprité et *un quart* en usufruit; et, pour le cas où il n'y aurait qu'un enfant, la veuve aurait droit à la *moitié en toute propriété* (Benech, p. 442).

Le savant professeur de Toulouse a consacré un volume tout entier à justifier son opinion; — il invoque, à l'appui de sa thèse, les textes, l'esprit de la loi, l'histoire du droit, les travaux préparatoires du Code, les considérations morales et philosophiques qui ne permettent pas d'admettre, suivant lui, en dehors du cas de secondes noces, que le législateur ait pu vouloir accorder moins de faveur aux donations *entre époux* qu'à

Digitized by Google

celles qui dépouillent les *enfants* au profit d'un *étranger*. Mais, encore bien qu'il paraisse avoir converti à son opinion MM. Demante, Duranton, Valette, Aubry, Zachariæ, aucun de ses arguments, aucune de ses objections, contre la doctrine universellement admise avant la publication de son ouvrage, ne demeurent debout après la réfutation manifestement victorieuse de MM. Marcadé et Troplong [1]. Et il est resté démontré, au contraire, que la prétendue *anomalie* signalée par M. Benech n'est autre chose que le résultat d'une distinction parfaitement juste, par laquelle le législateur a fait preuve de prudence et de sagesse.

Aussi l'ancienne jurisprudence s'est-elle maintenue jusqu'à ce jour, et la Cour de Poitiers elle-même s'y était rangée dès 1851, c'est-à-dire depuis la publication de l'ouvrage de M. Benech.

Quant à la pratique, elle n'a jamais varié, et c'est vraisemblablement dans la liquidation actuellement soumise au tribunal qu'on trouve le premier exemple, depuis bien des années, d'une déviation à la règle universellement suivie jusqu'alors,— déviation, il faut le dire, à laquelle le notaire a pu être entraîné par une considération d'*équité* tirée de ce que, dans l'espèce, en présence d'une donation *universelle en usufruit*, jointe à une donation *en toute propriété* d'une partie importante du mobilier, la réduction *à moitié en usufruit seulement* ne satisferait ni au vœu du donateur ni au vœu de la loi, *ce qui est parfaitement vrai*, ainsi qu'on le verra *infrà* (IV), mais ce qui n'entraînait pas *toutes* les conséquences qu'il en a déduites.

Ce serait excéder les limites naturellement assignées à cette simple note que de rappeler ici les arguments pour et contre de MM. Benech, Marcadé et Troplong, ou même de résumer leur discussion; et cependant ces deux derniers auteurs n'ont pas épuisé tout ce qu'il y aurait à dire pour réfuter l'opinion de M. Benech sur la question spéciale de savoir si l'article 917 est applicable aux donations régies par l'article 1094.

Ainsi, l'on trouve, dans *les termes mêmes* de l'article 917, une nouvelle preuve qu'il s'applique exclusivement aux donations à l'égard desquelles la quotité disponible consiste en une quote-part de toute propriété, *sans mélange d'usufruit*, c'est-à-

[1] Voir aussi le remarquable rapport présenté par M. le conseiller Félix Faure, lors de l'arrêt de cassation du 3 décembre 1844 (Devill., 45, 1, 277). — On le trouve également dans l'ouvrage de M. Troplong, page 731.

Digitized by Google

dire aux donations en faveur d'étrangers, et aux donations entre époux régies par l'article 1098.

En effet, en accordant aux héritiers du donateur la faculté de se *rédimer* d'un usufruit ou d'une rente viagère qui affecte leur réserve, par l'*abandon* DE LA PROPRIÉTÉ de la *quotité disponible*, il ne prévoit nullement et ne parle en aucune façon d'une *conversion d'usufruit*, PARTIE en *propriété* et PARTIE en *usufruit*; il se réfère exclusivement à la quotité disponible de l'article 913, et par extension, si l'on veut, à celle de l'article 1098, qui consistent uniquement en une quote-part de TOUTE PROPRIÉTÉ.

L'article 917 a voulu, pour les cas qu'il régit, prévenir les inconvénients et les dangers d'évaluations toujours incertaines et arbitraires d'un usufruit ou d'une rente viagère, et il y a pourvu à l'aide de l'option qu'il a accordée aux héritiers du donateur.

Mais au cas de l'article 1094, cette disposition transactionnelle n'a plus d'objet, puisque, relativement aux donations dont il s'occupe, la quotité disponible est déterminée, TANT en *usufruit* qu'en *propriété* [1], et qu'ainsi la règle posée par cet article se suffit à elle-même.

[1] Comme l'article 1094 ne prévoit pas *explicitement* le cas de donation de *rentes viagères*, la Cour de Rouen (9 avril 1853; *P.*, 2, 55, 238), dans une espèce où la donation comprenait l'usufruit du mobilier et une rente viagère, a inauguré pour ce cas un nouveau système.— La Cour, sans vouloir réduire la donation à la moitié des biens en usufruit, ni la transformer en un quart en propriété et un quart en usufruit, a ordonné une expertise à l'effet de reconnaître si *la rente viagère* (de 400 fr.) et l'usufruit du mobilier excédaient ou non la *valeur* du quart en propriété et du quart en usufruit de la succession, et de dire, dans ce premier cas, de combien cette rente devait être réduite; — ce mode de réduction ayant, dit-elle, le double avantage de donner effet à la disposition d'après les *possibilités* de la succession, et de ne pas changer la *nature* des biens donnés.

On s'étonne que ce nouveau système ait reçu l'approbation de M. Troplong; car, dans la réalité, il est en contradiction manifeste avec les principes si nettement exposés par cet éminent jurisconsulte, dans les paragraphes précédents de son ouvrage. Pour bien en apprécier les conséquences, il faudrait avoir sous les yeux le procès-verbal rapporté par les experts devant la Cour; à défaut de ce document, on peut prendre une hypothèse :

Supposons donc que l'époux survivant eût soixante ans, et que le *quart* de la succession en toute propriété fût d'une valeur de. . . . . 2,750 fr.

L'usufruit d'un autre *quart* a pu, eu égard à l'âge du donataire, être évalué, d'après les tarifs les plus récents des compagnies d'assurance sur la vie, à. 1,370

4,120 fr.

D'un autre côté, la rente viagère de 400 fr. et la jouissance viagère du mo-

Digitized by Google

Il faut donc tenir pour constant que la donation universelle en usufruit faite entre époux doit nécessairement être réduite,

bilier ont dû être estimés, d'après les mêmes tarifs, à environ pareille somme de. . . . . 4,120 fr.

La Cour a dû, pour être conséquente avec les principes posés dans son premier arrêt, décider que la rente viagère et l'usufruit du mobilier n'excédaient pas la quotité disponible, et que cette rente ne devait subir aucune réduction.

Voilà la condition du conjoint survivant bien fixée.

Maintenant, voici celle des enfants :

Le quart *en toute propriété* de la succession étant de. . . . . 2,750 fr.
la succession représentait au total. . . . . × 4

et en toute propriété. . . . . 11,000 fr.

Si les biens consistaient en *immeubles* ruraux, ils produisaient au maximum 3 pour 100, soit. . . . . 330 fr.

Les revenus étaient insuffisants pour payer la rente!

En supposant même que ces biens consistassent partie en immeubles ruraux, partie en placements à 5 pour 100, partie en rentes sur l'État, ils produisaient *au maximum* en moyenne 4 pour 100, soit. . . . . 440 fr.

Il y avait tout juste de quoi payer la rente et les impôts, mais il ne restait encore rien pour les héritiers; l'ouverture de la succession de leur auteur était en réalité *reportée* pour eux au décès de l'auteur survivant, alors qu'il résulte si manifestement de l'article 1094 que les libéralités, soit en propriété, soit en usufruit, ne peuvent *affecter* qu'une moitié de la succession, et que la seconde moitié doit *toujours* rester aux enfants libre, intacte et affranchie de toutes charges et redevances qui en diminuent la valeur estimative.

Les héritiers auront, à la vérité, la ressource de traiter avec une compagnie d'assurances pour le service de la rente viagère, mais pour cela il leur faudra aliéner des biens de la succession jusqu'à concurrence d'environ 4,000 fr., c'est-à-dire plus du tiers des biens.

Un système qui aboutit forcément à de telles conséquences est un système *mort-né*.

S'il est vrai qu'il y ait une lacune dans l'article 1094, c'est en s'efforçant d'en garder l'esprit que les tribunaux doivent suppléer à son silence à cet égard; or il y a certainement bien plus d'analogie encore que de différences (au point de vue de la question de réduction des donations entre époux) entre un usufruit et une rente viagère, qui se résument en définitive, l'un et l'autre, en des *jouissances viagères* affectant *également* les *fruits* et *revenus* de l'hérédité; — tandis que toute assimilation entre une rente viagère et une quote-part quelconque du *fonds* de l'hoirie répugne essentiellement à la nature des choses. La donation entre époux d'une rente viagère n'est autre chose, à bien dire, qu'une *sorte* de donation d'*usufruit* qui ne doit jamais affecter que les *fruits* et *revenus* de la moitié des biens de la succession du donateur; c'est donc en mettant en parallèle le chiffre de la rente viagère et celui du *revenu moyen* de cette moitié des biens, qu'il convient d'apprécier si la disposition est excessive, et, en cas d'excès, c'est au chiffre de ce revenu moyen que la rente viagère doit être ramenée; autrement, elle affecterait

Digitized by Google

au cas prévu par la disposition finale de l'article 1094, — *à moitié* en usufruit seulement.

IV.

Est-ce à dire que, dans l'espèce actuelle, la veuve survivante n'a droit qu'à *la moitié en usufruit*, sans qu'il puisse y être rien ajouté, nonobstant la disposition du contrat de mariage par laquelle le défunt, *outre l'universalité de l'usufruit*, lui a donné *en toute propriété* les meubles meublants et provisions de ménage? — Non assurément.

On ne peut lui attribuer un quart en propriété et un quart en usufruit, par les raisons ci-dessus déduites en *droit*, et parce que, en *fait*, les objets mobiliers à elle donnés *en toute propriété* sont d'une valeur notablement inférieure au *quart* de l'actif net de la succession.

On ne peut pas davantage lui accorder, *outre une moitié en usufruit*, une partie quelconque, si minime qu'elle soit, de la succession, soit en *usufruit*, soit en *toute propriété*; — ce serait manifestement entamer la réserve des enfants.

Mais l'article 1094 ne veut pas dire, comme on pourrait le penser au premier abord, que l'époux qui a donné à son conjoint *la moitié en usufruit*, a épuisé l'une des deux quotités disponibles dont l'option lui est accordée, et qu'en conséquence il ne peut rien ajouter à sa libéralité. — Cette interprétation n'est pas possible, en présence de la première partie de l'article, qui autorise la donation d'un *quart* en *pleine propriété* et d'un *quart* en *usufruit*, ou, en d'autres termes, d'une *moitié en usufruit*, PLUS un quart en *nue propriété*.

L'article 1094 a fait deux parts *égales* de la succession du donateur:

Une *première* part, qui doit, *dans tous les cas*, rester entièrement libre et intacte aux enfants;

nécessairement les revenus de la *quotité indisponible*, ou mettrait l'héritier réservataire dans la nécessité d'aliéner une partie des biens, ce qui ne serait pas moins contraire au vœu de la loi qu'à la volonté présumée et sainement interprétée du donateur.

Peut-être serait-il plus sage encore, et plus conforme à l'esprit de la loi (qui a horreur en cette matière des *évaluations* et *estimations*), de laisser aux héritiers l'option de servir la rente ou d'abandonner l'*usufruit* de la moitié des biens; et cela par analogie, sinon par application de l'article 917, restrictivement combiné avec l'article 1094.

Digitized by Google

Une *seconde, sur laquelle* s'exercent les libéralités en faveur du conjoint. — Cette *seconde part* peut en être affectée soit pour le tout, *en usufruit seulement*, soit jusqu'à concurrence de moitié en toute propriété, et pour le surplus en usufruit.

Or, dans l'espèce, la libéralité *en toute propriété* n'excédant pas (et n'atteignant même pas, à beaucoup près) les limites déterminées, — il n'y a lieu ni à la réduire ni à la transformer, — mais à exécuter purement et simplement la volonté du défunt. — Quant à la libéralité *en usufruit*, comme elle ne peut s'étendre *au delà de cette seconde part de la succession*, sur laquelle seront pris d'abord les objets mobiliers donnés en toute propriété, — elle ne pourra s'exercer que sur le *surplus de cette part*.

Donc rien ne s'oppose à ce qu'on attribue à la veuve survivante, — et ce sera concilier la volonté du donateur et le vœu de la loi :

1° *En toute propriété* (c'est-à-dire en nue propriété et usufruit réunis), les meubles meublants et provisions de ménage, soit. . . . . 6,100 fr. » c.

2° Et *en usufruit seulement*, sommes ou valeurs nécessaires pour atteindre, avec ces 6,100 fr., le chiffre de *la moitié* de l'actif net de la succession, soit. 21,247 20

Total égal à ladite moitié. . . . . 27,347 fr. 20 c.[1]

CASSEMICHE.

[1] Au lieu de (d'après le travail du notaire) :

En toute propriété.	13,673 fr. 60 c.
En usufruit.	13,673 60
Total.	27,347 fr. 20 c.

Digitized by Google

LE DROIT MUSULMAN EXPOSÉ D'APRÈS LES SOURCES.

Par M. Nicolas DE TORNAUW, ex-vice-gouverneur de la province Caspienne, conseiller actuel de l'empire de Russie, procureur général du Sénat dirigeant de Saint-Pétersbourg, membre de la Société orientale d'Allemagne;

Traduit en français par M. ESCHBACH, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Strasbourg, chevalier de la Légion d'honneur.

DEUXIÈME ARTICLE[1].

ILME SCHER'E, LA JURISPRUDENCE.

NOTIONS GÉNÉRALES.

Comme on l'a démontré dans l'Introduction, la législation des musulmans est complétement imprégnée de l'esprit de leur religion; le Koran, même en dehors du domaine des notions religieuses, est la règle fondamentale et dirigeante de tous leurs actes de la vie privée (Chap. XVI, *les Abeilles*).

C'est aussi dans le Koran et dans ses compléments que la jurisprudence musulmane a, dans le principe, exclusivement puisé ses statuts et ses règles[2].

Ilme Scher'e, littéralement, connaissance de la loi; c'est le nom qu'on donne à cette science qui a pour objet l'ensemble de toutes les règles se rapportant à l'islamisme ou à la croyance (*din*), soit que ces règles concernent le dogme, le rit ou la vie publique et privée.

Scher'en, veut dire, dans le langage ordinaire comme dans celui du droit, toute action qui ne contrevient point aux règles fondamentales de l'islamisme.

Hakime Scher'e, c'est le nom du personnage le plus élevé

[1] V. *Revue critique*, tome XV, p. 509.

[2] Comp. l'introduction de Mirza Kazem-Beg au *Müchteser-ul-Wikayet* p. IV, où il dit:

« Les musulmans tiennent que Dieu, qui a ouvert au peuple élu le chemin « du salut, est la source de toute législation. Pour le conduire dans ce che- « min, Dieu a tracé des règles dont les unes sont dans le Koran éternel, les « autres dans les paroles de son prophète inspiré. Le chemin ainsi tracé s'ap- « pelle chez les musulmans *scheri'et;* le conducteur, c'est-à-dire le législa- « teur, Mahomet, *scheri'i*. Ces deux mots ont pour racine le mot arabe qui « signifie frayer un chemin. L'ensemble de ces règles, *scheri'et*, s'appelle « *ahkam*. »

Digitized by Google

dans la hiérarchie spirituelle. Il décide, en dernier ressort, de tout doute en matière de foi et de tout procès en matière de droit; il émet ses décisions et ses commandements (*Fetwo*) sur toutes les questions de doctrine dogmatique et pratique et de jurisprudence, sans distinction. Le *Hakime Scher'e* prend en Perse le titre particulier de *müdjtehid* (de *idjtehod*[1]), ce qui veut dire un homme qui a atteint la perfection dans la connaissance de la législation, spirituelle et temporelle : en Turquie, il s'appelle *müfti*[2], c'est-à-dire celui qui rend des décisions et des sentences *Fetwo*. Au-dessous du müdjtehid, il y a en Perse les *Kazi*, appelés aussi en certains lieux *Scheich-el-Islam*[3]; au-dessous du müfti, il y a en Turquie et en Algérie les *cadi*. Ceux-ci forment une classe de juges inférieurs, espèce de clergé, auxquels il n'appartient de décider, d'après les règles du *Fikhiyeh*, que les questions et les doutes en matière de croyance pratique et de jurisprudence[4].

Din, *Ed-din*, la foi, la religion, se divise, suivant les principes du Koran, en *usul'e din* et en *feru'e din*. La première comprend la partie dogmatique de la religion, la seconde, la partie pratique, ainsi qu'on l'a déjà vu ci-dessus. De même le *'Ilme Scher'e* ou la science de la loi, se divise en deux parties : *'Ilme Kelom* et *'Ilme Fikh*[5].

[1] Voy. sur la différence des grades entre le *idjtehod* et le *müdjtehid*, l'introduction de Mirza Kazem-Beg.

[2] Hammer, dans son *Histoire de l'empire ottoman*, t. I, p. 586, dit : « Le « müfti, c'est celui qui rend des décisions en matière contentieuse; on l'ap- « pelle le jurisconsulte, qui, consulté dans les cas douteux de la loi, donne « un avis sur lequel le kadi rend son jugement. Sous Soliman le Législateur, « les müftis parvenaient au plus haut degré des fonctions judiciaires.

[3] En Turquie, il n'y a que le chef du clergé qui prenne le nom de scheich-ul-islam.

[4] Dans les provinces russo-transcaucasiques il n'y a que des juges de bas degrés; ils ne jugent qu'en matière civile. Survient-il pour eux, dans ces procès, une question douteuse, les schiites s'adressent à un müdjtehid perse, les sunnites à un müfti de la Mecque ou de Constantinople, et réclament d'eux un *fetwo*. Le müfti du cercle de Kasach et le müdjtehid de Tiflis ne jouissent pas, dans l'opinion publique des musulmans, de la même estime que les müftis et les müdjtehid en Perse et en Turquie; ce sont de simples titres honorifiques que le gouvernement russe accorde à des prêtres schiites ou sunnites. Les fonctions du véritable müdjtehid et müfti sont acquises, comme un grade scientifique, aux prêtres qui les obtiennent par une candidature et qui en sont officiellement investis.

« *'Ilme kelom*, science des dogmes; *Ilme fikh*, science de la pratique re-

Digitized by Google

La première partie, *'Ilme Kelom*, est la science théorique et dogmatique de la foi, et a pour objet d'exposer les règles relatives à l'*ussul ed-din*, ou aux principes fondamentaux de la religion. La connaissance exacte et approfondie de tous les mystères de cette partie de la science de la religion, n'est possible que de la part de ceux que leur savoir religieux mène aux plus hautes dignités ; de là vient que celui qui, outre les autres parties de la science religieuse, approfondit le *'Ilme Kelom*, parvient au plus haut degré de la perfection (le *idjtehod*) et acquiert le droit de dissiper les doutes des musulmans en matière de religion.

La deuxième partie, *'Ilme Fickh*[1] ou la jurisprudence, embrasse l'ensemble de toutes les lois qui règlent la pratique de la religion *feru'e din*, et toute la vie civile des musulmans. Dès lors la connaissance complète de cette science est indispensable aux juges ou *kazi* pour l'examen et la décision des procès et des difficultés naissant des relations de la vie privée.

En ce qui concerne la division de l'*'Ilme Kelom*, ou science des dogmes, elle forme, outre le chapitre qui pose le principe fondamental de l'existence de Dieu (*ma' erifeti-ullaeh*), cinq parties conformément aux cinq articles de foi : *chemse usule din* qui suivent :

1) *Teuhid*, l'unité de Dieu;
2) *'Edolet*, la justice de Dieu;
3) *Nebüwwet*, la mission des prophètes;
4) *Mi'od*, la résurrection des morts et la vie future;
5) *Imamet*, la succession des imans. Ce dernier dogme n'est cependant admis comme tel que par les schiistes.

Enfin la jurisprudence : *'Ilme Fikh* contient les quatre points suivants :

ligieuse, ou jurisprudence ; *'Ilme tessir*, exégèse du Koran ; *Ilme-el-hedith*, science des traditions ; *Ilme el-feroix*, théorie des partages, des hérédités, et *Ilme usule-el-fikh*, théorie des principes du droit ; — telles sont les six parties principales qui appartiennent à la catégorie du *'El-Scheri'et*, ou de la science de la foi et de la loi. » (Mirza Kazem-Beg, p. 2 et 3.) — Hammer, dans son *Histoire de l'empire ottoman*, p. 395, cite comme parties de la jurisprudence : 1° la science du dogme ; 2° la connaissance de la loi ; 3° la connaissance des traditions ; et 4° l'art d'interpréter les Écritures.

[1] Mirza Kazem-Beg fait la remarque (p. 6) que la racine de ce mot *fikh* ne voulait dire que *notion ;* plus tard, on donna aux hommes versés dans la connaissance du Koran le titre de *fekih*, c'est-à-dire savant, instruit, et enfin on fit de la mixtion de ces deux mots celui de *ilme fikh*.

Digitized by Google

1) *Ebodot*, c'est-à-dire les pratiques de la religion, l'ensemble de toutes les prescriptions sur la prière, les jeûnes, les fêtes, les pèlerinages, l'aumône et la guerre contre les infidèles;

2) *Ekudot*, ou la théorie des contrats; l'ensemble de toutes les règles sur les rapports fondés, dans la vie civile, sur un accord réciproque;

3) *Eiko'ot*, la théorie des actes civils unilatéraux; de ce nombre, sont les divers actes de l'état civil, les actes relatifs à l'esclavage, quelques règles de la procédure et le chapitre des vœux et de la pénitence;

4) *Ehkom*, les règles communes de la vie, l'ensemble de toutes les lois relatives à la vie civile et sociale des musulmans, et que ceux-ci doivent exécuter d'une manière non interrompue. Là viennent se placer les règles sur la puissance publique, sur les kazi, sur le droit de succession, le témoignage, le droit de voisinage, la chasse, le manger et le boire, enfin le droit pénal, la vengeance et les compositions.

PREMIÈRE PARTIE.

'ILME KELOM, PARTIE DOGMATIQUE OU THÉORIQUE DE LA DOCTRINE DE LA FOI.

Sources.

Kitobe usul edin, par Aga Mohammed-Bakir Medjlisi.
Kitobe Scherbe e'tekodot, par Ibne-Bobeweih.
Chardin, VI, p. 165-318.
Eug. Sicé : *Journ. asiat.*, n° 66, 1841, p. 156-157.
Salé : *Observ. hist. et crit. sur le mahométisme.*
Reinaud : *Monum. arabes, persans et turcs*, I et II.
Volney : *Ruines.*
Le Koran, dans son texte.
Le Koran, traduit en allemand par Wahl et Ullmann.
Le Koran, traduit en français par Savary et par Kazimirski.
Dr Kolb : le Koran (dans le *Staatslexicon* de Rotteck et Welker, t. IX, p. 467-482).
Joseph de Hammer : *Geschichte des osmanischen Reichs*, 1835.
Dr Weil : *Mohammed der Prophet, sein Leben und seine Lehre*, 1843. — *Historisch kritische Einleitung in den Koran*, 1844. — *Geschichte der Kalifen*, 1846-1851.

Digitized by Google

Washington Irving : *Das Leben Mohammeds*, 1850.

Ernest Renan : *Mahomet et les origines de l'islamisme* (*Revue des Deux Mondes*, 1841, 15 décembre).

§ I. La partie dogmatique de la doctrine *'Ilme Kelom* comprend la science des principes fondamentaux de la religion musulmane *usule din.*

Ces principes fondamentaux sont au nombre de quatre chez les sunnites, au nombre de cinq chez les schiites, *chemse usule din.*

La croyance à l'existence de Dieu, *mä' erifete ullah* n'est pas placée par les docteurs parmi les dogmes de la foi : c'est un point sur lequel nul ne peut être dans le doute ou dans l'ignorance : il est absolument présumé que cette notion est innée en tout homme.

Les dogmes de la foi sont :

1) L'unité de Dieu : *teuhid*,
2) La justice de Dieu : *'edolet*,
3) La mission des prophètes : *nebüwwet*,
4) La résurrection de la mort et la vie future : *mi'od*,
5) La succession des imans : *imamet.*

Les sunnites et les schiites se divisent notamment par une interprétation divergente des dogmes *'edolèt*, *nebüwwet* et *imamet*, sur laquelle on entrera ci-dessous dans quelques détails; mais la différence la plus essentielle entre ces deux sectes gît surtout dans le mode et la manière d'interpréter les prescriptions de l'islamisme.

Les schiites les admettent, chacun suivant son jugement et sa capacité de comprendre, et cherchent dès lors à acquérir la conviction dans le Koran et dans les traditions du prophète. Les sunnites, au contraire, ne permettent ni interprétation ni examen, en matière d'articles de foi, et admettent comme absolument vraies les décisions des assemblées spirituelles *idjmo'e*, sans demander ni rechercher d'autres preuves. Ils se fondent sur ces paroles du prophète :

Lo tedjtemeü ummeti 'elèl chetoe.

Cela signifie : « Ce qu'une assemblée de docteurs de la même « religion a décidé, ne peut être ni faute, ni péché. » (Extrait du Recueil des traditions de El-Buchari.)

Digitized by Google

Les schiites ne suivent absolument les décisions de leurs müdjtehides[1] que dans les choses relatives au *feru'e din*. Cette soumission *teklid* aux décisions des docteurs est fondée sur cette sentence :

Kabule Kaule gheir bedun delil.

Ce qui signifie : « Accepte un précepte sans demander de « preuves. »

§ 2. Le plus remarquable dogme de l'islamisme est celui de l'unité, *teuhid*, et l'exclamation :

Lo ilahe illallah!

« Il n'y a pas d'autre Dieu que Dieu ! »

C'est le symbole fondamental de la foi musulmane. Le Koran repousse, non-seulement le culte des images, mais encore la trinité chrétienne et le Christ fait homme[2].

Les chapitres et versets du Koran, qui traitent principalement de l'unité de Dieu, sont les CXII; XVI, 53; XVIII, 110; XXIII, 92; XXI, 108, 11, 20; XXII, 12; XIX, 36; V, 77; IX, 90; VI, 100, 102.

Le chapitre CXII *Et-teuhid*, l'unité de Dieu, porte :

Vers. 1 : « Reconnais que Dieu est unique. »

Vers. 2 : « Il est éternel. »

Vers. 3 : « Il n'engendre pas et n'est point engendré. »

Vers. 4 : « Aucun être n'est son égal. »

Chap. XVI, *les Abeilles*, vers. 53 :

[1] Il y a aussi un dissentiment essentiel entre les sunnites et les schiites relativement à la valeur et à la quantité des *müdjtehides*. Les sunnites n'admettent que les six premiers *müdjtehides;* les schiites croient, au contraire, qu'il peut continuellement en surgir de nouveaux. Il y a dans l'introduction du professeur Kazem-Beg à l'ouvrage déjà souvent cité, *Müchteser-ul-Wikayet*, des détails complets sur le *idjtihod*, le *teklid*, les *müdjtehides*, le *eshab techridj* et *terdjih*, et sur la *mükellid*, c'est-à-dire les juristes musulmans qui n'ont pas obtenu un titre officiel. Nous renvoyons les lecteurs qui voudraient se renseigner plus amplement, à ce travail si remarquable et si estimable du professeur Kazem Beg, p. 22 à 50.

[2] Mahomet, qui rejette le dogme de la Trinité, ne le connaissait que par les faux rapports sur le Sauveur et la révélation divine faits par les Juifs habitant alors la Mecque et l'Arabie, et par les chrétiens hérétiques de la Syrie. De là l'erreur, le mauvais goût et les contradictions qu'on trouve dans le Koran sur le Fils de Dieu fait homme.

Digitized by Google

« Et Dieu dit : n'admettez pas deux Dieux ; car il n'y a qu'un « Dieu. Adorez-moi. »

Chap. XIX, *Marie,* vers. 36 :

« Et Dieu n'a pas d'enfants. Et quand il veut une chose, il « ordonne qu'elle soit ! et elle est. »

Chap. V, *la table,* vers. 77 :

« Il y a des infidèles (les chrétiens) qui disent : Dieu est le « tiers de trois. Mais il n'y a qu'un Dieu. »

Chap. IX, *l'expiation,* vers. 30 :

« Les Hébreux prétendent qu'Esra est le fils de Dieu ; les « chrétiens soutiennent que Christ est le fils de Dieu. » Vers. 31 : « Et pourtant il leur a été ordonné aux uns comme aux autres « de ne servir que Dieu. »

§ 3. Le dogme de la prédestination *Kezo we Keder*, forme l'élément essentiel de la doctrine sur l'*"Edolet* ou justice de Dieu.

Les contradictions qui se rencontrent dans le Koran où certains passages disent que la destinée de chacun est fixée d'avance et que nul ne peut trouver le vrai chemin sans la volonté de Dieu ; — où d'autres passages disent que le chemin du salut est ouvert à tous, que les uns deviennent musulmans, tandis que les autres restent infidèles ; — enfin que chacun aura à rendre compte de ses actions dans une vie future, — toutes ces contradictions durent avoir pour suite naturelle que les sectateurs de l'islamisme se séparèrent en sectes sur la doctrine de la prédestination.

Les sectes les plus divergentes sur ce point sont les sunnites et les schiites. Les premiers admettent la prédestination dans le sens absolu de ce mot et n'accordent aucun libre arbitre à l'homme. La foi inébranlable à ce dogme est la cause du fanatisme des sunnites.

Les schiites regardent au contraire la croyance à une prédestination immuable du sort de chaque homme, comme inconciliable avec l'idée de la justice de Dieu, et avec la croyance à une vie future où il doit y avoir des peines ou des récompenses selon le mérite de chacun. Ils croient dès lors que chaque homme a son libre arbitre et qu'il est responsable de ses actions devant la justice de Dieu ; mais que les actions des hommes ont été connues de Dieu, de toute éternité et inscrites

Digitized by Google

au livre des destinées, comme une preuve de la science universelle (prescience) de Dieu; *Hikmet*[1]. Le chapitre XVII *El-isra*, le voyage nocturne, vers. 14, porte :

« A chaque homme, nous avons fixé irrévocablement son « sort. (Nous lui avons attaché son oiseau au cou). »

Le chapitre XXXVII, *Es-saffat*, les ordonnances, vers. 92 :

« Dieu vous a créés, vous et ce que vous faites. »

Le chapitre II, la vache, vers. 209 :

« Dieu met sur le chemin le plus droit qui il veut. »

Les chapitres XVII, 99; III; IV; V; VI, 150; VII, 184; II, 274; LXXXVII, 3; LXII, 612.

Le chapitre II, vers. 6 :

« Dieu a scellé leurs cœurs et leurs oreilles (des infidèles); un « voile couvre leur figure; une justice sévère les attend. »

Le chapitre VI, vers. 38 :

« Dieu jette dans l'erreur qui il veut, et remet qui il veut dans « le droit chemin. »

Vers. 112 :

« Et quand Dieu a résolu de vous conduire, il vous inspire « d'embrasser l'islamisme. »

Le chapitre XVI, vers. 96 :

« Si Dieu l'avait voulu, il n'aurait fait de vous qu'un seul

[1] La savante dissertation critique sur ce point par le docteur Weil, dans son *Introduction au Koran* (p. 95 à 108), mérite d'être examinée. D'après l'opinion de ce savant, Mahomet n'avait pas de prime abord créé ce dogme, qui ne se serait établi et propagé que plus tard, néanmoins dans les premiers temps de l'islamisme, quand les califes, pour atteindre leur but politique, eurent besoin d'une obéissance aveugle des musulmans et de la croyance à la prédestination. Le vrai sens de tous les textes du Koran sur cette question conduit bien plus à cette conclusion : que le prophète n'a pas entendu restreindre le libre arbitre par des lois immuables de la Providence divine. Déjà, dans les premiers siècles de l'hégire, il ne manquait pas de ces esprits spéculatifs qui cherchaient à expliquer la coexistence de la prédestination divine et du libre arbitre de l'homme. Au troisième siècle de l'hégire, sous le califat de Mamun, partisan d'Ali, les mutazalites avaient publiquement proclamé la liberté de la volonté humaine. Ces protestants, et plus tard ces rationalistes de l'islamisme, ne se separèrent primitivement que sur un point essentiel des sunnites, les hommes de la tradition. Ils proclamèrent que la variété des qualités de Dieu ne s'accordait pas avec l'unité de Dieu; ils envisagèrent la Divinité comme la réunion de la sagesse, de la puissance, de la bonté, de la justice. Cette théorie, fondée sur la justice de Dieu, amena l'adoption du principe de la liberté de la volonté de l'homme. (Voy. Weil, *Hist. des califes*, II, p. 262.)

Digitized by Google

« peuple ; mais il mène dans l'erreur ou dans le bon chemin « qui bon lui semble, et vous devrez un jour rendre compte de « ce que vous aurez fait. »

Le chapitre III, *Al 'Imron*, vers. 139 :

« Personne ne meurt sans la volonté de Dieu, et il meurt « comme et quand cela a été écrit dans le livre qui fixe son « temps à chaque chose dans ce monde. »

Le chapitre LXXVII, *Dehr* ou *Inson*, l'homme, vers. 3 :

« Nous lui avons montré, à l'homme, le vrai chemin, qu'il soit « maintenant croyant ou infidèle ! »

Le chapitre III, vers. 156 :

« Croyez-vous qu'il sera fait de même à celui qui accomplit « la volonté de Dieu, et à celui qui a excité sa colère et qui « aura l'enfer pour demeure ? Le chemin qui y conduit est ef- « froyable. »

Vers. 157 : « Dieu a différents degrés de récompenses et de « punitions : il observe vos actions. »

Le chapitre XXXIX, vers. 70 :

« Au jour du jugement dernier, chacun recevra la récompense « de ses actions : Dieu sait ce que chacun a fait. »

Voyez en outre les chapitres X, 107 ; XXVII, 93 ; XVII, 15 ; XXXIX, 41 ; XVIII, 30, 56 ; XLI, 17, 18 ; II, 38, 39 ; V, 18 ; XIII, 29, 30 ; XIV, 104, 107, 108 ; XVI, 26 ; XLVII, 17 ; XVI, 36, 37 et seq.

§ 4. *Nebüwwet*, la mission des prophètes.

Il y a eu depuis Adam jusqu'à Mahomet en tout 124 mille prophètes, dont six (voy. l'introduction), Adam, Noé, Abraham, Moyse, Jésus et Mahomet ont révelé aux hommes les commandements de Dieu et ont publié de nouvelles lois et de nouvelles règles de croyance. Mahomet se donne comme le dernier et le principal des prophètes.

L'adoration du Dieu unique et l'obéissance envers le prophète sont ordonnées à plusienrs reprises dans de nombreux passages du Koran. De là vient que la croyance à la mission prophétique de Mahomet est un dogme fondamental de la religion musulmane.

Les sunnites et les schiites se séparent sur ce dogme en ce que les derniers tiennent tous les prophètes pour parfaitement purs, n'ayant jamais péché et incapables même de pécher. Les

Digitized by Google

sunnites, au contraire, s'appuyant sur les textes du Koran dans lesquels Mahomet demande à Dieu le pardon de ses péchés, croient que lui, comme les autres prophètes, ont été sujets à pécher, mais que, par la grâce divine, ils ont été affranchis de la tentation de pécher et libérés de la peine de leurs fautes. Dans le chapitre XL, vers. 57, il est enjoint à Mahomet de prier tous les jours pour que Dieu lui remette ses péchés. Comparez les chapitres XXI; II, 209; VI, 34, et XL, 78 sur la mission des prophètes.

Le chapitre XXXIII, *El-ehzab*, vers. 38, porte :

« Mahomet est l'envoyé de Dieu et le sceau de tous les pro-« phètes. »

Le chapitre IV, vers. 62 :

« O croyants, soyez obéissants envers Dieu, envers le pro-« phète et envers ceux qui ont l'autorité sur vous. »

Le chapitre XXXIII, vers. 34 :

« Celui qui n'obéit pas à Dieu et à son envoyé, est dans un « évident aveuglement. »

Le chapitre XLVIII, vers. 1 et 2 :

« En vérité, nous te donnons, Mahomet, la victoire décisive, « et Dieu te remet tes péchés passés et futurs. »

Le chapitre XL, vers. 57 :

« Supporte, Mahomet, patiemment tes peines. Dieu tient sa « parole, mais n'oublie pas de prier Dieu pour la rémission de « tes péchés et proclamme les louanges de ton maître le soir et « le matin. »

§ 5. *Mi'od*, la résurrection des morts et la vie future.

Le Koran parle en maints endroits de la résurrection des morts, de la vie future, de l'immortalité de l'âme, de peines et de récompenses dans un autre monde, de paradis et d'enfer. Tout musulman est tenu d'y ajouter foi entière.

C'est par une peinture séduisante des charmes du paradis et de la béatitude réservée aux fidèles, de même que par la description des tourments effroyables de l'enfer, que le prophète de l'islamisme opéra sur l'imagination inflammable de ses compatriotes et les entraîna à embrasser la religion qu'il leur apportait.

Les passages suivants du Koran ont trait à la description du paradis et de l'enfer, à l'immortalité de l'âme, à la résurrection

Digitized by Google

et au jugement dernier, aux bons et mauvais esprits entourant sans cesse les hommes, à la création du monde et au nombre des cieux, enfin à la description du séjour de Dieu, de celui du prophète, de celui des bons et des méchants.

Le chapitre VI, vers. 29, porte :

« Et ils (les infidèles) disent : il n'y a pas d'autre vie après « celle-ci, et nous ne ressuscitons pas. »

Vers. 30 : « Mais si tu voyais leur attitude devant Dieu quand « ils entendent sa voix et sa question : n'y a-t-il pas une résur- « rection des morts? et qu'ils répondent : En vérité, il y en a « une et nous en témoignons devant Dieu, notre seigneur. Et « Dieu leur répond : Subissez maintenant la peine de votre in- « crédulité. »

Le chapitre II, vers. 172.

« Crois en Dieu, au jugement dernier et aux anges. »

Le chapitre XXIII, vers. 15 et 16 :

« Mais maintenant, il faut mourir, hommes créatures : cepen- « dant, au jour de la résurrection, soyez bien sûrs d'être ré- « veillés à la vie. »

Le chapitre XI, vers. 61 :

« Dieu envoie près de chaque homme ses anges, qui restent « autour de lui jusqu'à sa mort. »

Le chapitre XIII, vers. 12 :

« Chaque homme a un ange qui marche devant ou derrière « lui et qui le protége suivant la volonté de Dieu. »

Le chapitre XXXIX, vers, 68 :

« La trompette retentit et tout, sur la terre et dans les cieux, « excepté les élus de Dieu, tombe mort. Au deuxième retentis- « sement, tous se relèvent devant le tribunal de Dieu... »

Vers. 69 : « Et la terre s'illumine de la clarté du Seigneur, et « le livre s'ouvre dans lequel les actions sont inscrites, les pro- « phètes et les martyrs s'avancent, comme témoins, et alors « sera prononcé le véritable jugement qui ne donnera rien de « trop à personne. »

Le chapitre LXXXIII traite des livres *Siddjin* et *Illyan* destinés à inscrire les bonnes et les mauvaises actions des hommes.

Le chapitre XXXVIII contient dans les vers. 49-54 la description du paradis, et dans les vers. 55-64, celle de l'enfer. Voy. aussi les chapitres LXX, vers. 7, 28; XLVII, vers. 16, 19; XLIII, vers. 66, 78.

Digitized by Google

Les chapitres XXXI, vers. 9, 10, et XXXII, vers. 3, 6, 8, contiennent le récit de la création du monde, et les chapitres II, 27, et XXXIII, 17, présentent la description des sept cieux et du séjour des justes.

§ 6. Le dogme de la succession des Imans *Imamet*, n'est admis, comme on l'a déjà dit, que par les schiites, et se fonde sur la croyance à la succession des Imans, c'est-à-dire à des descendants du prophète par Ali et Fatimeh, la fille de Mahomet. Les Imans furent, suivant les croyances de cette secte, les vrais et légitimes conducteurs des peuples, au spirituel comme au temporel. L'usurpation du kalifat, après la mort d'Ali, par les races de Umeiyeh et d'Abbasi, enleva aux fils d'Ali (Hanan et Hussein) et à leur descendance, la puissance politique et la succession temporelle, mais non le droit d'Iman sous le rapport spirituel, droits qui se sont transmis de père en fils jusqu'au douzième et dernier Iman, Mahomet Mehdi, qui a disparu d'ici-bas pour reparaître au jour du jugement dernier. Les schiites croient fermement encore que l'Iman Mehdi, qu'ils appellent *Sahibe Zemon* (dominateur des mondes) est présent invisible dans toutes les réunions de musulmans schiites.

Les sunnites, qui honorent dans les descendants d'Ali la race du prophète, ne les reconnaissent pas comme Imans sous le rapport religieux, parce que l'Iman devait être élu par un *djemo'et* ou assemblée du peuple, ainsi que cela se fit pour Abubekr, Omar et Othman.

Observation. Vous trouverez des détails sur l'Imamet et sur les actes des Imans dans le livre *Djelo ul-'öjun* de Mahomet Bakir Medjlisi, dans le livre *Hüsniyeh* et dans le livre des *discussions de Juahanno.* — Voy. Chardin, VII; Reinaud, I, p. 366, 381; Sale : *Observ. hist. et crit. sur le mahométisme.*

§ 7. Les écrits théologiques musulmans traitent dans un chapitre spécial des attributs de Dieu, *Sefote Allah.*

Ils les divisent en positifs : *sefote thubutiyeh*, et négatifs : *sefote selbiyeh.* Parmi les premiers, on comprend ceux qui appartiennent à l'Être-Suprême d'une manière exclusive et inaltérable; parmi les seconds, ceux qu'il ne faut pas lui attribuer, même par la pensée, parce qu'ils sont incompatibles avec sa puissance, sa grandeur, sa gloire et sa justice.

Digitized by Google

Aux attributs positifs appartiennent l'unité de Dieu, son infinité, son éternité, sa toute-puissance, etc.

Aux attributs négatifs au contraire : que Dieu n'est pas susceptible d'éprouver une sensation physique : qu'on ne peut le mesurer ni dans le temps ni dans l'espace; — qu'on ne peut limiter d'aucune manière sa force et sa puissance; qu'il est immuable, etc. — Chardin, VI, p. 194, 208, énumère avec précision tous les attributs de Dieu. Voy. aussi Reinaud, II, p. 16, 24.

Observation. Les mutazalites (voy. ci-dessus la note 1 du § 3) ont pensé qu'une division des attributs de Dieu était incompatible avec la doctrine de l'unité de Dieu. Ils regardaient la divinité comme l'ensemble de la sagesse, de la puissance, de la bonté, de la justice, etc., tandis que les hommes de l'Écriture regardaient ces attributs comme existant en dehors de Dieu. Voy. Weil, *Geschicte der Kalifen*, II, p. 262.

Haarbrückers schahrastani, I, p. 41 et suiv.

DEUXIÈME PARTIE.

'ILME FIKH, LA JURISPRUDENCE.

Dans la jurisprudence, *'Ilme Fikh*, il y a deux parties distinctes :

1) La doctrine pratique de la croyance, c'est-à-dire les règles qui concernent ces pratiques extérieures religieuses que tout musulman, fidèle croyant, est tenu d'observer et d'accomplir ;

2) Et la doctrine du droit civil, ou l'ensemble des prescriptions et des règles qui embrassent toute la vie sociale des musulmans.

La première partie forme l'objet du livre *'Ebodot*; la deuxième, celui des livres *'Ekudot*, *E'ko'ot* et *Ehkom*.

PREMIÈRE DIVISION.

De la pratique religieuse.

LE LIVRE 'EBODOT.

Dans ce livre on n'a pu poser, relativement aux pratiques religieuses, que les règles générales communes à toutes les

Digitized by Google

sectes de l'islamisme, sans pouvoir descendre dans le détail des nuances ou variantes de chaque secte en particulier.

Ces variantes sont trop nombreuses et ne portent que sur des points d'importance secondaire, tandis que les règles essentielles de la purification, de la prière, des pèlerinages et de la guerre contre les infidèles, sont également obligatoires pour tous les musulmans.

Il suffit dès lors d'examiner ces principales coutumes religieuses, d'en rechercher la signification, la légalité, l'importance et la force obligatoire, pour apprendre à connaître et le côté religieux de la vie des musulmans en général, et les devoirs communs de ceux-ci dans le domaine de la pratique des croyances religieuses.

Les prescriptions contenues dans le livre *'Ebodot* sur les pratiques dont il s'agit, *Feru'e din*, concernent :

1) La purification, *Tehoret;*
2) La prière, *Selât* ou *Nemaz;*
3) L'impôt, *Zekat* et *Chüms;*
4) Le jeûne, *Ruze* ou *Saum;*
5) Le pèlerinage, *Hedj;*
6) Et la guerre, *Djehod.*

Outre ces points fondamentaux, les schiites admettent encore comme usages religieux :

1) La pénitence volontaire, *E'tikof;*
2) Des exhortations à observer ce qui est prescrit et à s'abstenir de ce qui est défendu : *Emer bil me'eruf we en-nehi' en il-münker.*

Sources.

Ouvrages schiites :

1) *Djomi Abbasi*, de Scheich Beho-eddin Mohammed Djebali 'ameli ;

2) *Mürschid ul-ewom*, de Mirza Abul Kazim bini Hassan Djiloni ;

3) *Bist-bob*, de Hadji Mohammed Bakir Medjlisi Neil ul-Merom.

Ouvrages sunnites :

1) *Helil-idjoz;*
2) *Kesch-enwor;*
3) *Ichtelofot ul-eïmmet ul-erb'e.*

Digitized by Google

Chardin : *Voyage en Perse*, t. VI, p. 318-496. Dans cet ouvrage, on trouve exposées avec détails les coutumes religieuses des musulmans de la secte schiite. Elles se sont aussi conservées jusqu'à ce jour parmi les adeptes de cette secte établis dans les provinces transcaucasiques de la Russie. Chardin a suivi l'ouvrage *Djomi Abbasi*, et il l'a sur ce point traduit avec exactitude et précision.

CHAPITRE Ier.

Tehoret, la purification.

Sources.

Murschid ul-ewom, p. 2, 101. — *Djomi Abbasi*, p. 84. — *Neil ul-Merom*, p. 11-36. — *Bist-bob*, p. 9-48. — *Keschf-enwor*, p. 1-35. — *Helil-idjoz*, p. 1-46. — *Ichtelof ul-eïmmet ul-erb'e*, p. 1-22.

§ 1. *Tehoret*, la purification, est un devoir obligatoire pour tout musulman dans les cas déterminés par la loi. Le Koran contient à ce sujet les principales prescriptions dans le chapitre V, *El-mojedeh*, vers. 8 et 9, et dans le chapitre IV, *Ennisa*, vers. 46.

La purification a lieu tantôt avant d'entreprendre certains actes de pratique religieuse, tantôt dans les cas où un musulman a été exposé à l'influence d'actes impurs.

Ainsi la purification doit avoir lieu :

1) Avant la prière ;
2) En pèlerinage ;
3) Avant de toucher le Koran ;
4) Après la satisfaction de l'appétit charnel ;
5) Après celle des besoins naturels ;
6) Chez les femmes, après la menstruation et l'accouchement ;
7) Après une émission spermatique ;
8) Et en général, après l'attouchement d'une chose réputée impure, ou l'accomplissement d'un acte estimé tel, *nedjes*.

La purification est de trois espèces : *wezu*, *ghusl* et *teyemmüm*.

Les deux premières se font avec de l'eau, la troisième avec de la terre, et elles peuvent avoir lieu séparément ou ensemble.

La purification *wezu* est employée spécialement et à part :

Digitized by Google

1) En général avant la prière, et particulièrement quand on prie immédiatement au réveil ; — lorsque celui qui se prépare à prier revient à lui sortant d'une pamoison, de l'ivresse ou de quelque autre état semblable où la raison a été troublée ; — après la satisfaction des besoins naturels ; — après des ventosités, et chez les femmes, quand après leurs relevailles les menstrues reprennent leur cours ;

2) Dans les pèlerinages ;

3) Au moment de toucher le Koran.

La purification *ghusl* s'emploie spécialement :

1) Après la satisfaction des appétits charnels ;

2) Après une perte séminale pendant le sommeil ;

3) Après l'ablution d'un cadavre.

La purification *teyemmün* n'est employée exclusivement que lorsque l'eau vient à manquer ; alors elle remplace les deux autres modes de purification.

Les purifications *wezu* et *ghusl* doivent avoir lieu cumulativement :

1) Chez les femmes, après chaque menstrue et après l'accouchement ;

2) Toutes les fois qu'on a touché un cadavre non encore lavé ou refroidi.

Les purifications *wezu* et *teyemmün* sont admises dans tous les cas où devaient avoir lieu les purifications *wezu* et *ghusl*, lorsque l'eau suffisante manque pour accomplir la purification *wezu*.

§ 2. Mode et manière de la purification *wezu*. — Le Koran (chap. V, vers. 8) ordonne la purification dans les termes suivants : « Quand vous vous préparez à prier, ô croyants ! lavez-« vous le visage et les mains jusqu'au coude, frottez-vous la « tête et les pieds jusqu'à la cheville ; et quand vous êtes im-« purs par le coït, lavez-vous entièrement. »

Les schiites se séparent complétement des sunnites dans l'exécution de ce précepte. Les premiers s'en tiennent rigoureusement au texte de ce verset : ils se lavent la face et les mains et se frottent la tête et les pieds. Les sunnites suivent, en ce qui concerne la purification, les traditions et l'*idjmo'e*, et entendent, par une acception particulière, le verset 8 du chapitre V de la manière suivante : « Lavez-vous la figure et les

Digitized by Google

« mains jusqu'au coude, et les pieds jusqu'à la cheville, et frot-
« tez-vous la tête. »

§ 3. Règles à observer dans la purification *wezu*. — Il faut ici faire l'observation générale que les règles posées par le droit musulman, et qui se rapportent au *feru'e din*, c'est-à-dire à la partie pratique de la religion, sont de nature diverse, notamment *wodjib*, c'est-à-dire obligatoires, ou *sunnet*, c'est-à-dire facultatives; *mekrus*, à éviter; ou *sewob*, spécialement agréables; ou enfin *cherom*, sévèrement défendues. Voyez cela en détail ci-dessous. Ici l'on n'exposera que les règles essentielles d'après la doctrine des schiites.

Les règles capitales de la purification *wezu* sont les suivantes :

1) Le terrain, la maison, les tapis, et en général toutes les appartenances du lieu où s'opère cette purification, doivent, comme l'eau elle-même, être la propriété légitime de celui qui va se purifier, et par conséquent ne pas être *meghsub*, c'est-à-dire injustement acquis.

2) L'eau servant à l'opération doit être pure et sans mélange; il est défendu d'y ajouter aucun parfum. (Voy. ci-après, § 8, les différentes espèces d'eaux.)

3) Celui qui veut procéder à cette purification doit, au préalable, éloigner toute impureté de son corps et de ses vêtements. (Voy. au même paragraphe, n°s 1 à 10, l'énumération des choses impures.)

4) La purification doit être faite avec recueillement, et avec la seule pensée d'être agréable à Dieu.

5) L'acte de la purification doit s'accomplir dans l'ordre prescrit par le Koran, et sans interruption.

6) L'ablution doit être faite personnellement et sans l'auxiliaire d'autrui, à moins que ce ne soit physiquement impossible.

Outre ces règles, il y en a encore quelques-unes qui ne sont pas *wodjib*, obligatoires, mais *sunnet*, de conseil, telles que la récitation de diverses prières, le nettoiement de la bouche, des dents, etc.

Remarque. D'après le livre *Djomi Abbasi*, il y a pour la purification *wezu*, chez les schiites, 21 règles *wodjib*, 20 *sunnet* et 9 *mekrub*.

Digitized by Google

§ 4. La purification *ghusl* est de deux espèces :

1) *Ghusl tertib*, dans laquelle l'eau versée sur la tête lave la face et le cou jusqu'aux épaules; puis versée de nouveau, d'abord sur l'épaule droite, et ensuite sur l'épaule gauche, découle jusqu'au bas du corps.

2) *Ghusl irtimos*, par laquelle on se plonge complétement le corps dans l'eau; de sorte que, à l'exception de la tête, il n'en reste aucune partie hors du bain.

Le choix entre l'un et l'autre de ces deux modes est facultatif. Les règles à observer sont les mêmes que celles ci-dessus relatives à la purification *wezu*. Seulement le *ghusl irtimos* est prohibé pendant les jeûnes obligatoires et pendant les pèlerinages aux lieux saints.

Remarque. D'après l'ouvrage *Djomi Abbasi*, il y a chez les schiites, pour le *ghusl*, 17 règles *wodjib* et 15 *sunnet*.

§ 5. La purification *teyemmün* a lieu en se frottant avec de la terre le front jusqu'au nez, et les deux mains. Les règles principales à observer sont les mêmes que pour la purification *wezu* et *ghusl*, mais avec cette modification de la deuxième règle que, dans la purification *teyemmün*, la terre soit pure, sans mélanges d'étoffes, et exempte de cailloux et de détritus de tuiles, de marbre ou de bois.

Ce mode de purification n'est admis que quand on n'a pas d'eau, ou quand quelque blessure empêche un musulman de se laver avec de l'eau.

Remarque. D'après le livre *Djomi Abbasi*, il y a pour la purification *teyemmün* 12 règles *wodjib*, 7 *sunnet* et 2 *mekruh*.

§ 6. Il y a encore d'autres espèces de purifications : celle qui suit l'accomplissement des besoins naturels, et l'ablution d'un cadavre.

Pour la première, *adobe tehoret choneh*, les parties par lesquelles le besoin a été satisfait doivent être lavées trois fois, et de la main gauche, avec une eau sans mélange. Seulement ensuite il est permis de les laver avec une eau quelconque, et de les oindre d'huile ou de substances odoriférantes.

Ces règles *wodjib* sont :

1) De couvrir les parties du corps qui fonctionnent, ainsi que les éjections, même pendant que l'acte s'accomplit;

Digitized by Google

2) De prendre une posture qui fasse que le visage ne soit tourné ni vers le *kebleh* [1], ni vers le soleil, ni vers la lune, ni vers les principales constellations.

Ces règles sont obligatoires à partir de l'âge de sept ans.

Remarque I. D'après l'ouvrage *Djomi Abbasi*, il y a ici 3 règles *wodjib*, 5 *sunnet*, 8 *mekruh* et 5 *sewob*.

Remarque II. Il y a certains actes qui se passent tout autrement dans le *tehoret choneh* que dans le *tehoret nemaz*, c'est-à-dire dans la purification avant la prière. Par exemple : dans celle-ci, le vase doit être pris de la main gauche et l'eau versée dans la main droite; dans l'autre, au contraire, il faut prendre le vase de la main droite pour verser l'eau dans la main gauche. De plus on doit, en entrant aux lieux d'aisances, faire en sorte d'y mettre le pied gauche le premier et d'en sortir par le pied droit, parce que, au contraire, l'on doit entrer du pied droit dans une mosquée et en sortir du pied gauche.

§ 7. La purification du cadavre, *ghusl meiyit*. A ce sujet il y a lieu de considérer les divers points suivants :

A. Ce qu'il faut faire à l'agonie d'un mourant.

Le mourant doit être placé sur le dos, le visage tourné vers le *kebleh*. On lui lit les articles fondamentaux de l'islamisme et les chapitres XXXVI, *Yas*, et XXXVII, *Es-saffät*, dont il doit, autant que possible, répéter les paroles. Dès qu'il a rendu le dernier soupir, on lui ferme les yeux; on lui enveloppe toute la tête d'une longue bande de toile passée sous le menton; les bras sont étendus le long du corps, et le cadavre est couvert d'une toile, de manière à en cacher toutes les parties. Pendant la nuit on l'entoure de flambeaux allumés, et il est surveillé par quelqu'un jusqu'à l'inhumation.

B. Ablution du cadavre.

On emploie la purification *ghusl* avec de l'eau, ou la purification *teyemmün* avec de la terre, quand il n'y a point assez d'eau ou qu'il n'y en a pas du tout. Le *ghessol*, c'est-à-dire la personne chargée de laver le cadavre, doit se placer à la droite de celui-ci; avant de commencer, elle déchire la chemise qui recouvre le corps, après avoir demandé préalablement la permission aux héritiers, et elle en rejette loin d'elle les lambeaux.

[1] Voyez ce que c'est que le *kebleh* au chapitre II de la prière, § 2, n° 6.

Digitized by Google

Après cela, le *ghessol* procède immédiatement à l'enlèvement des impuretés extérieures du corps, d'après les règles du *adobe tehoret choneh*, et ensuite à la purification *ghusl*.

Les règles à observer pour l'ablution d'un cadavre sont les suivantes :

1) Il faut tourner le visage du cadavre vers *Kebleh*.

2) Le cadavre d'un homme doit être lavé par un homme; celui d'une femme par une femme. Le contraire peut avoir lieu entre époux.

3) Les parties, depuis les genoux jusqu'au nombril *'euret*, doivent rester constamment couvertes.

4) L'ablution ne doit point être faite en plein air.

5) Pendant l'opération, il doit y avoir du recueillement et une récitation de certaines prières.

Remarque. D'après le livre *Djomi Abbasi*, il y a douze actions *wodjib*, quinze *sunnet*, six *mekruh*, et deux *cherom*.

C. Règles et usages pour l'inhumation : *defn*.

Après l'ablution, on frotte de camphre quelques parties du corps et on le revêt d'une chemise mortuaire, qui doit être sans aucun ornement, tissue de coton et de couleur blanche. Une prière est récitée sur le corps du défunt, qu'on transporte ensuite au lieu de l'inhumation. En sortant de la maison mortuaire et dans le trajet au lieu d'inhumation, nul ne doit marcher en avant du cadavre. Tous ceux qui l'accompagnent doivent se tenir derrière ou de côté. Tout musulman qui rencontre le convoi est tenu de réciter mentalement une prière pour le repos du défunt. Les musulmans dévots regardent comme un devoir, quand ils rencontrent un convoi funèbre, de le suivre, ne fût-ce que pendant quelques instants, parce que Mahomet le prophète, avait coutume de le faire. Avant de descendre le corps dans la fosse, les porteurs doivent s'arrêter trois fois dans l'espace de huit pas à compter de cette fosse, et au moment de l'y descendre, ils doivent encore une fois le soulever en l'air.

La fosse doit avoir une profondeur égale au moins à la stature du fossoyeur, pour éviter qu'elle ne soit souillée et que le corps ne soit déshonoré par les animaux de proie.

Il faut que le sol dans lequel on enterre un musulman soit dans le domaine public ou la propriété légitime d'un particulier dont l'autorisation préalable au creusement de la fosse est nécessaire. Le corps est placé dans la tombe sur le côté droit, la

Digitized by Google

face tournée vers *Kebleh*. Dès qu'il a été descendu, on en retire la chemise mortuaire et l'on dégage la face et la tête de la toile qui les entoure. Finalement, on récite une dernière prière sur le défunt et la fosse est immédiatement comblée. Après l'enterrement, il est d'usage de visiter les parents du défunt pour leur porter des consolations. Pendant les trois jours qui suivent, ils sont nourris par leurs amis, et il serait indécent de se réunir chez eux pour manger ou s'y réjouir d'une manière quelconque.

§ 8. Choses pures et impures.

Il y a onze choses purifiantes *mütehhirot :*

1) L'eau, qui se dit en persan : *ôb* et en arabe *moe*. L'eau est le moyen de purification par excellence. Elle est, ou bien pure, comme l'eau de mer, de rivière, de source, de pluie, de puits, d'étang ou de marais, ou bien mélangée, c'est-à-dire unie à des liquides odoriférants, au jus des fleurs et des fruits, etc.

L'eau pure est courante *obe djori* ou stagnante *obe istodeh*.

2) La terre *zemin* qui sert à la purification *teyemmün*.

3) Le soleil *aftob*, qui purifie par ses rayons les lieux impurs, et sèche par sa chaleur les ordures, par exemple, sur les vêtements et sur la terre.

4) Le feu, *atesch*. Il purifie un objet en le métamorphosant. Ainsi est réputé purifié tout ce qui est réduit en charbons ou en cendres.

5) La transformation : *istiholeh*. Quand un objet impur est transformé par l'intermédiaire d'une chose pure, il est purifié. Par exemple, lorsqu'un chien tombé dans un lac salé, y est pétrifié, il est purifié.

6) Le changement de lieu, *intikal*. Quoique, par exemple, le sang soit une chose impure, néanmoins l'insecte qui en a sucé ne devient pas pour cela impur.

7) La modification survenue dans les qualités d'une chose : *inkilob*, par exemple, le vin qui est chose impure, est purifié dès que la fermentation l'a changé en vinaigre.

8) La réduction : *neks*, par exemple, le vin qui, par ébullition, est changé en épais jus de raisin.

9) L'affiliation à l'islamisme purifie le mécréant.

10) L'invisibilité *zewole'ein*, comme lorsqu'une chose impure disparaît d'elle-même, de sorte que l'œil ne peut plus l'apercevoir.

Digitized by Google

11) Le frottement, *mesh be tohir*, quand une impureté disparaît sous le frottement d'une chose pure.

Au contraire, les objets suivants sont tenus pour impurs et produisant l'impureté *nedjosot* :

1) et 2) *Beul we ghayet*, tous les excréments, excepté ceux des insectes, des oiseaux et de tous les animaux dont la chair est permise comme nourriture.

3) *Chun*, le sang de tout animal, excepté celui des insectes et celui qui se trouve dans la chair et les os des animaux dont on peut se nourrir.

4) *Meni*, le sperme répandu.

5) *Seg*, le chien, mais non celui de mer.

6) *Chuk*, le porc.

7) *Kofir*, tout infidèle, sans distinguer s'il est ou non sujet musulman, s'il exécute ou non des pratiques d'une autre religion quelconque.

Les *ehli kilob*, c'est-à-dire ceux qui admettent des pratiques religieuses, comme les juifs et les chrétiens, sont considérés par quelques théologiens musulmans, non pas comme impurs, pas même comme mécréants : *kofir*, mais comme simplement égarés.

8) *Buzeh*, toute liqueur enivrante, comme l'eau-de-vie, la bière, l'hydromel. Il n'en est pas de même des matières solides enivrantes, telles que l'opium, la graine de pavot.

9) *Sherob*, le vin, c'est-à-dire le jus liquide du raisin.

10) *Murdor*, le cadavre de tout homme et de tout animal.

§ 9. Enfin, appartiennent encore à ce chapitre les règles sur la purification des choses dont une partie seulement est devenue impure, par exemple, quand un corps impur est tombé dans un vase contenant une substance pure, ou bien quand un animal impur s'est abreuvé dans un récipient, ou quand les vêtements ont été tachés en quelques endroits. Dans les deux premiers cas, quand la substance contenue dans le vase est solide, il faut en enlever la partie qui a reçu le contact de l'objet impur; quand cette substance est liquide, elle devient impure pour la totalité. Dans ce dernier cas, il faut nettoyer le vase, d'abord avec de la terre, puis deux fois avec de l'eau. Dans le troisième cas, ce n'est pas seulement la place salie qui doit être arrosée d'eau, lavée et frottée, mais encore toutes les parties environ-

Digitized by Google

nantes, qu'il faut frotter avec les mains et asperger ensuite avec de l'eau.

CHAPITRE II.

Selat, en arabe, et, en persan, *Nemaz*, la prière.

Sources.

Tout le livre *Murschid ul-ewom.* — *Djomi Abbasi*, p. 84-209. — *Neil ul-merom*, I, p. 36-69. — *Bist-Bob*, p. 53-104. — *Keschf enwor*, p. 35-116. — *Helil idjoz*, p. 46-98. — *Ichtelof ul-eïmmet*, p. 22-61. — Le Koran : chap. II, III, VII, XI, XXIII, XXIX, L, XX.

§ 1. La prière est la plus importante de toutes les pratiques de la religion mahométane; ce n'est que par la prière que l'âme se purifie et s'approche plus près du trône de Dieu.

Les règles sur la manière de prier varient selon qu'elles concernent ce qui doit être observé avant la prière *mükeddemote nemaz*, ou pendant la prière, *mükerrenote nemaz*. Les unes et les autres sont appelées cumulativement dans la jurisprudence *tos we mek* et *ken ters*, mots qui par eux-mêmes n'ont pas de sens, mais qui ont été composés avec les premières lettres ou syllabes des préceptes les plus importants et les plus impératifs de la prière, notamment, en ce qui concerne le *mükkedemote nemaz*, des mots : *tehoret*, *izoleh*, *setr'euret*, *wakt*, *mekon*, *kebleh*, et pour le *mükkerenote nemaz*, des mots : *kiyom*, *niyet*, *tekbir el-ehrom*, *ruku'e* et *sudjud*.

§ 2. Avant la prière, il faut avoir soin :

I. De se purifier, *tehoret*;

II. D'éloigner toute chose impure : *izoleï nedjosot*;

L'observation de ces deux points est absolument prescrite; le moindre manquement rend la prière inutile, *botil*, ou même contraire à la loi, *herom*.

Il a été question ci-dessus du *tehoret* : le *izoleï nedjosot* s'entend de la suppression de toute impureté par des moyens de purification ou l'éloignement des objets impurs dont il a été parlé au § 8 du chapitre précédent, *mütehhirot*.

III. De se couvrir pendant la prière des vêtements nécessaires, *setr'euret*. Pour les hommes, il suffit que, pendant la

Digitized by Google

prière, ils se couvrent les parties sexuelles (*'euret*). Mais les femmes doivent être complétement habillées, et ne peuvent laisser à découvert que la figure, les mains et les pieds jusqu'aux chevilles.

Le vêtement doit avoir les qualités suivantes :

1) Être la propriété légitime de celui qui va prier;

2) Exempt de toute impureté;

3) Non composé de peaux ni de poils d'animaux réputés impurs;

4) Ne pas être de soie pure; enfin,

5) Sans aucune ornementation particulière.

Il n'est pas non plus permis de porter pendant la prière des parures d'or, d'argent ou de pierreries.

IV. Les prières, quant au temps où elles ont lieu, *wakte nemaz,* sont quotidiennes *jeumiyeh* ou extraordinaires *gheireh*[1].

Quant aux prières quotidiennes qui sont au nombre de cinq, on distingue deux périodes, *ado* et *kezo*. La récitation des prières dans la première période de la journée est très-estimée comme exécution exacte des règles écrites. C'est pour cela que cette première période s'appelle *fezilet,* la préférence, la sublimité.

La deuxième période s'appelle *wakte ochir*. La récitation des prières dans cette période est aussi méritoire que celle de la période *ado*, quand c'est contre sa volonté, à cause de ses occupations ou par des empêchements physiques que le fidèle a été empêché de prier dans la première période.

Les cinq prières quotidiennes sont :

1) *Nemaz züher*, la prière de midi;

2) *Nemaz 'esr*, la prière au coucher du soleil, avant qu'il ait complétement disparu;

3) *Nemaz meghrib*, après le coucher du soleil, depuis le crépuscule jusqu'au milieu de la nuit;

4) *Nemaz 'ischo*, peu avant et pendant minuit;

5) *Nemaz subh*, avant et pendant le lever du soleil.

Outre ces prières, il y a encore les suivantes :

1) *Nemaz djum'e*, la prière du vendredi.

Cette prière se récite le vendredi à midi, dans une réunion de plusieurs croyants, *djemo'et*, dans la mosquée principale de

[1] Cette exposition est faite surtout en conformité de la doctrine schiiste.

Digitized by Google

chaque ville *mesdjede djum'e*, par un prêtre appelé *imam djum'e* ou *pischnemaz*. La fonction de ce prêtre consiste à commencer les prières le vendredi devant les fidèles réunis dans la mosquée et qui les achèvent ensuite eux-mêmes.

Le choix de l'*imam djum'e* appartient à la plus haute autorité spirituelle, l'*imam* qui réunit la puissance temporelle à la spirituelle, et à défaut d'iman, au sultan, c'est-à-dire au souverain du pays, ou à une personne par lui déléguée. D'après le livre du *Kazi Chan'*, le sultan doit être musulman et de bonnes mœurs; d'après d'autres auteurs, la nomination de l'*imam djum'e* appartient toujours au sultan, quand même il ne serait pas de la religion musulmane. S'il est impossible d'obtenir la nomination de l'*imam djum'e* par le sultan, le peuple (*djemo'et*) le nomme à son gré, et la prière du vendredi est alors légale, quand même cette élection de l'*imam djum'e* ou *pischnemaz* ne serait pas ensuite ratifiée par le sultan.

L'imam djum'e doit être majeur, jouissant de toutes ses facultés intellectuelles, de naissance libre, mâle et capable de réciter exactement et nettement les prières prescrites. Les avis sont partagés sur le point de savoir s'il doit être *adil*, de bonnes mœurs; l'opinion mérite cependant la préférence d'après laquelle l'*imam djum'e* doit être d'une piété particulière et d'une conduite irréprochable. Chez les schiites, ces conditions sont impérieusement requises de la part de l'*iman djum'e*. Cependant la nomination par le sultan d'un sujet indigne à cette fonction, dès qu'il ne s'agit que de réciter la prière du vendredi, impose à tout musulman l'obligation de le reconnaître comme *imam djum'e*, et d'admettre la légalité parfaite des prières ainsi récitées. (Voy. le livre *Djome ur-rumuz* de Abu Henife, au chapitre de la prière. — Voy. aussi le livre *Ichtelofot ul-erb'e*, p. 54.

2) *Nemaz 'Eidein*, les prières des deux jours de fêtes, la Pâque *'eide ruho* en arabe, en persan *'eide kurban*, qui tombe au dixième jour du mois *dzilhedjeh*, et le jour immédiatement après les jeûnes du ramazan, *'ride fitr*, qui est le premier jour du mois *schewwal*;

3) *Nemaz ayot*, les prières dans les catastrophes, par exemple, en cas de tremblements de terre, d'ouragan, d'avalanches, pendant la tempête, etc.;

4) *Nemaz emwot*, ou *djenozeh*, prières à réciter sur le mort au lieu de son inhumation et avant de l'enterrer;

Digitized by Google

5) *Nemaz tewof*, prières pendant les pèlerinages;

6) *Nemaz nedzer*, prières pour l'obtention des vœux, — les prières pour obtenir aide et assistance, etc.;

V. Les lieux pour la prière, *mekone nemaz*, doivent être, suivant leur nature, purs et autorisés par la loi. A tous autres doivent être préférés les lieux spécialement affectés à la prière, comme les mosquées, ou les lieux qui ne sont la propriété de personne, comme le désert ou la campagne non cultivée. Il n'est pas permis de prier sur une propriété privée, sans le consentement du propriétaire.

Le lieu où la prière se fera doit être pur, et surtout la place que le front touchera par prosternation [1]. Il faut avoir soin que le front ne touche que la terre ou des objets spécialement consacrés.

Les hommes et les femmes peuvent prier en commun : néanmoins les femmes doivent être séparées des hommes, et se tenir derrière ceux-ci. Il est défendu, pendant la prière, de regarder une femme; cela dissipe les pensées, trouble le recueillement et rend la prière inefficace.

Il y a des restrictions à observer dans le choix des lieux destinés à la prière :

1) Il est défendu de prier là où il y a des morts enterrés, à moins que la place où le front touche la terre soit au moins à dix pas du tombeau. Cependant chez les imamites, de la secte des schiites, il est permis de prier au tombeau des imams, sauf à prendre garde de tourner le dos au tombeau.

2) Celui qui veut prier sur un chemin public doit placer devant lui un objet quelconque qui empêche les passants de le troubler dans sa prière [2].

3) Il est défendu de prier dans une écurie ou dans un lieu destiné à abriter les animaux; de même que

4) Dans les lieux où l'on se réunit pour boire et manger, se livrer au plaisir du vin; dans les lieux où se conserve le vin, et en général dans les lieux où se passent des choses défendues.

5) Enfin la prière n'est pas permise pendant les mouvements

[1] Cette place s'appelle en persan *mehell pischoni*.

[2] En Algérie, j'ai souvent vu les Arabes faisant leurs prières et leur pantomime religieuse sur les routes ou dans les sentiers ombragés, et plus ou moins cachés derrière leur chameau ou leur cheval, auxquels ils repliaient une jambe sous le poitrail au moyen d'une corde. (*Note du traducteur.*)

Digitized by Google

du cavalier sur la bête qui le porte, du bâtiment qui navigue, etc.[1].

Outre cela il ne doit y avoir, auprès de celui qui prie, ni lumière allumée ni feu quelconque. Il doit s'en éloigner ou le mettre derrière lui. On conseille de réciter des prières à différents endroits de la maison ou de la mosquée, pour qu'au jugement dernier ces différents endroits portent le témoignage que les prières ont été récitées.

VI. En ce qui concerne la direction pendant la prière, *kebleh*, le musulman doit avoir la face tournée vers *ke'ebeh*, c'est-à-dire vers le temple de la Mecque. Cette direction, suivant la situation des lieux, est diversement fixée par les calculs des prêtres et des astronomes.

§ 3. On observe, pendant et après la prière, *mükerrenote nemaz*, les pratiques suivantes :

I. *Kiyom*, la position du corps. Il est nécessaire de se tenir debout et immobile, regardant droit devant soi, sans remuer de côté et en s'abstenant de tout mouvement que la loi ne prescrit pas. Les pieds doivent être joints. L'observance de ces préceptes est exigée de tous ceux qui peuvent physiquement les accomplir : il n'est permis qu'aux estropiés, aux malades et aux mourants, suivant leur degré de force, de prier assis ou couchés. Dans ce dernier cas, les inclinaisons du corps sont remplacées par le mouvement des paupières.

II. *Niyyet*, le recueillement. Il faut que le musulman qui va prier s'y prépare avec un recueillement particulier, et il ne doit pas, pendant la prière, divertir à d'autres pensées, sous peine d'illégalité de sa prière.

Dans son recueillement, il doit déterminer nettement par la pensée quelle sorte de prière il entend faire : est-ce celle du matin, de midi ou du soir; est-ce une prière de la période *ado* ou de la période *wakte okir?*

III. *Tekbir ul-ehrom*, la sainte invocation de Dieu.

Elle consiste dans l'exclamation : *Allah ekber* « Dieu est grand ! » qui se fait immédiatement après le *niyyet* en élevant

[1] Des prières de cette espèce, *selot ul-mesofer*, sont subordonnées à des circonstances qui en changent les règles, par exemple quand le musulman est à la guerre.

Digitized by Google

les mains à la hauteur des oreilles, d'une voix concentrée ou chantante et en langue arabe.

Au *tekbir* appartient l'acte appelé *kero'et*, qui consiste dans la lecture de *elhenied*, c'est-à-dire du premier chapitre du Koran, *fatihch*, et du cent douzième, *teuhid* ou *ichlos*. Les musulmans appellent simplement et par excellence ce chapitre « LE CHAPITRE. » Ces deux chapitres doivent être lus en arabe et précédés, comme du reste la lecture de tous les chapitres excepté le neuvième, de l'articulation suivante : *Bismillah ur-rhemone ur-rehim*, ce qui veut dire « Au nom de Dieu le miséricordieux et « l'excellent ! »

IV. *Ruku'e*, l'inclinaison. Cette pratique consiste, le fidèle étant debout, à baisser le haut du corps, sans toutefois atteindre jusqu'au sol. Cette inclinaison doit s'étendre jusqu'à ce que les mains, glissant le long des reins, atteignent les genoux.

Le *ruku'e* ne consiste que dans une seule inclinaison, pendant laquelle il faut s'écrier : *subhone rebbi el-'ezimi we bihemdih*, ce qui veut dire : « une inclinaison devant le Dieu très-pur et très-« haut. »

V. *Sudjud*, les prosternations. On les fait, étant assis, en touchant la terre avec le front, et en prononçant les mêmes paroles que dans l'inclinaison, avec cette modification qu'on substitue le mot *e'elo* au mot *ezim*, deux mots qui néanmoins ont la même signification « *très-haut.* »

L'ensemble de ces pratiques, qui doivent s'accomplir successivement et sans interruption, forme ce qu'on appelle *ruk'et*, c'est-à-dire le rite de l'inclinaison.

VI. Quand le *ruk'et* est fini, on prononce pour achever la prière, le *teschehhüd*, c'est-à-dire qu'étant assis, on confesse l'islamisme en disant : *eschhedü en la ilahe illallah we eschhedü enne Mohammeden resul allah*, ce qui veut dire : « Je reconnais « un seul Dieu, et je reconnais que Mahomet est le prophète de « Dieu. » A la fin de la prière, on prononce le *selam*, c'est-à-dire qu'on demande à Dieu de bénir Mahomet le prophète et tous les croyants. Le *selam* est prononcé assis, en baissant la tête ou en tournant les yeux de tous les côtés.

§ 4. Entre les pratiques du *mükeddemot* et du *mükerrenot*, se trouvent en quelque sorte comme transition de l'un à l'autre, les pratiques *azon* et *ekomet*.

Digitized by Google

La première consiste dans une invitation à la prière, faite d'une certaine manière, ordinairement par le *muezzin*, et du haut d'un lieu élevé.

Le *azon* peut être prononcé par chacun, il est enjoint de le faire avant de commencer les pratiques du *mükerrenot*. Après le *azon* on prononce l'*ekomeh*. Ce sont les mêmes paroles : *Allah ekber* « Dieu est grand ! » seulement dans l'*ekomeh*, on ne jette cette exclamation que deux fois, tandis qu'on la repète quatre fois dans l'*azon*.

§ 5. Aux pratiques d'une importance secondaire dans la prière appartient le *kenut*, qui consiste à élever les bras après l'accomplissement des pratiques *mükerrenot* et à répéter des interjections ferventes. Le *kenut* n'est point obligatoire : il n'est que conseillé, *sunnet*.

Après l'accomplissement du nombre de *ruket* fixé pour chaque prière (voy. le § suivant), il est abandonné à chacun de réciter les prières pour tel cas particulier. Ces prières sont appelées *te'ekibot*, et se récitent après la fin de toutes ces cérémonies.

§ 6. Le nombre des *ruk'et* est de quatre pour la prière *züher*, pour la prière *'esr* et pour la prière *ischo*; de trois pour la prière *meghrib*, et de deux pour la prière *sübh;* il est toujours de deux pour toutes les autres prières, *djum'e*, *'eidein* et *ayot*.

Le nombre de *ruk'et* exigé ci-dessus change en temps de guerre et en pèlerinage. Les prières de la journée ne comportent plus que onze au lieu de dix-sept, notamment deux *ruk'et* pour chaque espèce, mais trois pour la prière *meghrib*. Il y a six cents prescriptions à observer depuis le moment où se purifie celui qui va prier, jusqu'au moment où il terminera sa prière.

CHAPITRE III.

Zekat, impôt sur la propriété.

Sources.

Djomi Abbasi, p. 229-231. — *Neil ul-merom*, p. 77-88. — *Bist-bab*, p. 102-131. — *Kescf-enwor*, p. 116-138. — *Helil idjoz*, p. 98, 118. — *Ichtelof ul-erb'e*, p. 68, 84.

Chardin, VII, 110-129.

Digitized by Google

Eug. Sicé, *journ. asiatique*, 1841, n° 66, p. 162-63.
Docteur Worms, même journal, 1842, n° 72, p. 322-338.

§ 1. Le *zekat* est un impôt créé par le Koran et obligatoire pour tout musulman, impôt destiné principalement à faire la guerre aux infidèles, à soutenir l'islamisme (chap. LVII, v. 10) et à soulager les pauvres (chap. II, LI, LVII, XLVIII).

Remarque. Les jurisconsultes musulmans désignent ainsi qu'il suit les impôts à payer à l'État, au sultan :

1) Les impôts sur les produits et récoltes de la terre, *mükosemet;*

2) Sur le bien de chacun, *cherodj;*

3) Sur la possession des terres et sur la propriété des bestiaux, *ez hekke zemin we ez tschehorpo.* C'est ce dernier impôt qui est le *zekat* proprement dit. (Voy. le livre *Ehkom*, chap. I.)

La perception du *zekat* n'appartient qu'à l'iman ou au hakimscher'e, ou à leurs fondés de pouvoirs; il y eut, et cela se pratique ainsi en Turquie, des collecteurs commis pour la perception de cet impôt et auxquels déjà le Koran donnait le nom de *'omil* [1].

Le payement du *zekat* assure au musulman une double récompense après sa mort et la rémunération de ce qu'il a payé. (Chap. LVII, 11; LXIV, 1.)

§ 2. Il y a plusieurs espèces de *zekat* :

1) Le *zekat wodjib*, qui est ordonné et nécessaire;

2) Le *zekat sunnet*, qui est conseillé et laissé à la volonté de chacun;

3) Le *zekat fitr*, la distribution des aumônes après le jeûne du ramazan;

4) Le *chüms.*

§ 3. Celui à qui l'on demande le payement du *zekat wodjib* doit être majeur, sain d'esprit, libre de naissance et capable de disposer de son bien. En payant le *zekat*, le musulman doit agir en connaissance de cause, et bien savoir qu'il donne une partie

[1] Il n'y a pas actuellement de règles absolues, dans les provinces transcaucasiennes de la Russie, pour la perception du *zekat;* il est recueilli soit par le kazi, soit par les membres du clergé, et même souvent par les pauvres musulmans entre eux, sans aucune intervention du kazi.

Digitized by Google

de son avoir, à titre de *zekat*, et non dans quelque autre but que ce soit.

Le bien avec lequel on acquitte le *zekat* doit être une propriété légitimement acquise.

Sont autorisés à percevoir cet impôt :

1) Les pauvres et nécessiteux, c'est-à-dire tous ceux qui n'ont pas les moyens d'existence pour plus d'un an ; les séides, (c'est-à-dire les descendants d'Ali dans les lignes collatérales) ne reçoivent point de *zekat*.

2) Ceux qui sont préposés à la perception du *zekat* ;

3) Les infidèles, quand ils viennent en aide aux musulmans dans les guerres de ceux-ci ;

4) Ceux qui sont tellement au-dessous de leurs affaires qu'ils ne peuvent plus payer leurs dettes ;

5) Les étrangers, *ibn sebil*, qui sont sans moyens actuels d'existence, alors même qu'ils posséderaient de la fortune dans leur pays. — Outre cela, le *zekat* est employé :

6) A racheter l'esclave qui est maltraité par son maître ou qui n'a pas les moyens de remplir les stipulations du *ketobet*. (Voy. le livre *Eiko'ot*, sect. II, chap. V.)

7) A des actes agréables à Dieu, *fi sebil Allah*, comme à la construction de mosquées ; à des établissements d'intérêt public, tels que des écoles, des ponts, etc. Ici appartient aussi en partie la mise en liberté d'un débiteur insolvable, emprisonné à raison de ses dettes. (Voy. les dispositions sur la banqueroute.)

Le *zekat wodjib* doit être payé à raison de ce qu'on possède :

1) En or ; — 2) en argent ; — 3) en blé ; — 4) en orge ; — 5) en dattes ; — 6) en raisins secs ; — 7) en chameaux ; — 8) en taureaux ; — 9) en moutons.

Dans le payement de cet impôt, on prend en considération :

1) Le *nisob*, c'est-à-dire le montant du patrimoine, au-dessus duquel l'excédant est soumis au *zekat* ;

2) Le *haul*, c'est-à-dire l'expiration des onze mois de possession pleine et entière de l'objet imposé, car cette obligation ne commence qu'avec le douzième mois de possession.

Il faut payer le *zekat* de l'or et de l'argent qui circulent et dont on tire des avantages.

Par contre, ne sont pas frappés de cette prohibition, tous les

Digitized by Google

objets d'or ou d'argent avec lesquels on ne fait pas le commerce et qui ne sont destinés qu'à l'usage domestique.

Comme *nisob*, on défalque sur l'argent monnayé et sur tous métaux nobles se trouvant dans le commerce, 20 *miskal* [1]; et sur le reste le *zekat* se paye à raison de 2 1/2 pour 100.

Le *zekat* du blé, de l'orge et des fruits est à payer :

1) Quand le possesseur de ces objets les a lui-même produits;

2) Quand le *nisob* dépasse 300 *so'e* (une *so'e* contient 1170 *dirhem* et chaque *dirhem* 48 grains d'orge, ce qui fait qu'une *so'e* contient 56,160 grains.

Le *zekat* est augmenté sur les bestiaux :

1) Quand, pendant le délai de onze mois, ils n'ont pas travaillé pour leur maître;

2) Quand, pendant ce temps-là, ils ont pâturé aux champs et n'ont pas été nourris aux frais du propriétaire;

Le *nisob* se compose de cinq chameaux, trente têtes de bétail et quarante moutons. Sur cinq chameaux, il faut donner un mouton; sur vingt-six chameaux, un jeune chameau d'un an; sur trente pièces de bétail, un veau; sur quarante moutons, un agneau d'au moins sept mois.

Les animaux payés à titre de *zekat* doivent être sains et sans vices.

§ 4. Le *zekat sunnet* est abandonné à la volonté de chaque particulier. Il est recommandé, non à titre d'obligation, mais comme un acte agréable à Dieu, pour lequel acte le musulman attend double récompense dans la vie future. Il est payé sur les chevaux et juments, sur l'or et l'argent non en circulation, sur les bêtes reçues en présent, sur le produit des choses prêtées, sur les céréales et les fruits non soumis au *zekat wodjib*, sur les marchandises d'un commerce, et dans les cas où l'importance du *nisob* ou l'expiration du *haul* ne sont déterminés que d'une manière douteuse.

La somme à payer est la même que dans le *zekat wodjib*.

§ 5. Le *zekat fitr* est payé à la fin du ramazan, le premier jour du mois schewwal, le jour de la fête *'eidefitr*. Cette imposition est obligatoire pour tout musulman, et peut être perçue

[1] La livre russe contient 87 *miskal* 1/2.

Digitized by Google

par tout membre de la famille, même par les esclaves, sans examiner si celui qui le demande a observé ou non les jeûnes du ramazan. Comme *zekat fitr* on prélève sur l'ensemble du patrimoine, un *batman* (= 8 1/4, poids communément usité en Tauride), qui est destiné aux religieux sans ressources, aux pauvres et à tous ceux auxquels il est permis de recevoir le *zekat wodjib.*

Quiconque a des moyens d'existence pour une année, est tenu d'acquitter cet impôt, dont le payement doit se faire en argent ou en nature.

Remarque I. — Dans les provinces transcaucasiques de la Russie, cet impôt équivaut à un *abbas*, c'est-à-dire à 30 koppeth russes environ, ou au tiers du thaler prussien. Les personnes sans fortune le payent entre les membres de leur famille, l'une à l'autre, de sorte que souvent le même *abbas*, après avoir passé par les mains de tous les membres de la famille, fait retour dans celles du premier donateur.

Remarque II. — L'ordre de payer le *zekat fitr* date de la deuxième année de l'hégire. Le professeur Weil, dans sa *Vie de Mahomet*, p. 443, l'appelle *sadakat fitr*. Juridiquement, il est plus exact de l'appeler *zekat fitr*, car les juristes musulmans attachent toujours au mot *sadakat* l'idée d'un impôt dont le payement est facultatif, tandis qu'il est certain que le *zekat fitr* est obligatoire pour chaque musulman.

§ 6. Le *chüms.*

Littéralement, *chüms* signifie la cinquième partie que, dans les cas déterminés par la loi, les musulmans doivent laisser déduire à titre d'impôt, sur leur patrimoine.

Le *chüms* est perçu :

1) Sur le butin fait à la guerre, *ghanimet;*

2) Sur le produit des mines, *mä'adin;*

3) Sur les résultats de la pêche des perles et du corail, *ghewwos;*

4) Sur toutes les choses dont une partie a été injustement et l'autre justement acquise, quand ces deux parties ne peuvent pas être séparées, ou qu'on ne peut pas évaluer précisément l'étendue de l'une et de l'autre partie;

5) Sur le fonds de terre vendu à un infidèle par un musulman. Celui-ci est tenu de payer au bien le cinquième du prix

Digitized by Google

de vente, une fois pour toutes, ou bien annuellement le cinquième de la valeur des produits de l'immeuble;

6) Sur tout ce qu'un musulman trouve en territoire ennemi ou en pays infidèle, soit à la surface, soit au-dessous du sol;

7) Sur tout ce que rapportent le commerce, les affaires, l'industrie, déduction faite de ce qui est indispensable pour son entretien;

Le *chüms* n'est prélevé qu'une fois sur la fortune de chacun, et seulement sur l'augmentation, quand celle-ci s'est accrue.

Le payement de cette contribution dans les cas ci-dessus indiqués est absolument obligatoire pour les schiites; — les sunnites, au contraire, ne se regardent comme tenus de payer le *chüms* qu'en temps de guerre, et ne l'acquittent que sur le butin, s'en tenant ainsi à la lettre du chapitre VIII, vers. 42.

D'après Abu Yusuf, le hanefite, quand des non-musulmans pêchent des perles ou de l'ambre dans les eaux d'un territoire musulman, la pêche doit leur être enlevée et être traitée comme butin de guerre, *ghanimet*. Le musulman doit en payer le *chüms*. Voy. Du Caurroy, *Législ. musulm.*, *journ. asiat.*, juillet 1848, p. 15.

Le produit du *chüms* est divisé chez les schiites en deux parts, l'une pour les *s'eïd*, descendants d'Ali, de la race de Haschim, qui appartiennent à la secte des schiites, l'autre pour le *müdjtehid*, le plus haut personnage religieux, pour en faire l'usage et le partage à leur gré.

Observation I. Sur le partage du *chüms* dans les premiers temps de l'islamisme, voy. l'histoire de Weil, *Geschichte der kalifen*, t. I, p. 78. — D'après l'ouvrage de Ibne Kasim, le *chüms* est partagé en cinq parts :

1) Pour le prophète, et, depuis sa mort, pour le bien de l'islamisme, comme salaires des juges, fortifications, armements, etc.; 2) pour les descendants des fils de Haschim et Muttalib; 3) pour les pauvres; 4) pour les orphelins; 5) pour les voyageurs.

Observation II. Dans l'ouvrage de *Djomi Abbas*, on lit que quand il n'y a pas de müdjtehid, la prestation du *chüms* dépend du bon vouloir de chacun; cela est aussi pratiqué ainsi dans les provinces transcaucasiques de Russie, où cependant on exige que la personne qui reçoit le *chüms* soit un seïd et descende de la branche de Haschim.

Digitized by Google

CHAPITRE IV.

Saum, en arabe, et, en persan, *ruzeh*, le jeûne.

Sources.

Djomi Abbas, p. 236-245. — *Neil ul-merom*, p. 69-75. — *Bist-Bob*, p. 131-147.—*Kesch enwor*, p. 138-147.—*Helil idjoz*, p. 112-119. — *Ichtelof ul-erb'e*, p. 84-90.
Chardin, VII, p. 132-154.

§ 1. La loi musulmane distingue trois sortes de jeûnes : 1) les jeûnes du ramazan ; 2) les jeûnes en exécution d'un vœu ; 3) les jeûnes imposés pour l'expiation des péchés.

Il sera question de ceux de la deuxième espèce dans le livre *Eiko'ot*, dans la matière des vœux, *nezr*, et de ceux de la troisième espèce dans le *Keforet*, c'est-à-dire dans les actions défendues comme péchés.

En ce qui concerne les jeûnes du ramazan, tout le mois est consacré par le Koran à ces jeûnes, qui sont obligatoires et les mêmes pour tous, excepté pour les enfants au-dessous de sept ans, les malades, les aliénés, les voyageurs et les femmes en couches.

Ils commencent avec le premier jour du mois ramazan ou après le trentième jour du mois *sche'aban*, et durent jusqu'à la nouvelle lune ou jusqu'au commencement du mois *schewwal*.

§ 2. Voici les règles les plus importantes à observer :

1) Pendant tout le jour, c'est-à-dire depuis le lever jusqu'au coucher du soleil, l'usage de toute espèce de nourriture est interdit ;

2) Il est défendu de boire et d'approcher un liquide de ses lèvres, et même d'avaler sa salive ;

3) Le rapprochement des sexes est prohibé ;

4) Ainsi que le bain ;

5) La fumée du tabac et l'odeur des parfums ;

6) Les purgatifs et la saignée.

La violation d'une seule de ces règles, de même qu'un mensonge proféré durant le ramazan, rendent les jeûnes complétement inutiles, et ceux-ci doivent être recommencés : on les dit *kezo*.

Digitized by Google

§ 3. Outre les jeûnes nécessaires et annuels du ramazan, il en est encore de prescrits pour certains jours de chaque mois. On n'est cependant tenu de les observer qu'autant qu'on en a fait le vœu, et alors ces jeûnes doivent être observés avec la même rigueur et de la même manière que ceux du ramazan.

CHAPITRE V.

Heddj, le pèlerinage à la Mecque.

Sources.

Les appréciations particulières de chaque secte sur ce point sont exposées en détail dans Chardin, VII, p. 154-240. — *Pèlerinage d'Abdoulkerim à la Mecque*, traduit par Langlès. — *Tableau général de l'empire ottoman*, par Mouradgea d'Ohsson, tome III. — *Recueil des rites et cérémonies du pèlerinage de la Mecque*, par Ant. Galland. — John Pitt's *Account of the manners and religion of the mahometans*. — Sale, *Observation sur le mahométisme*, p. 4. — Le *Menosike heddj*, ouvrage du hadji Mohammed Bagir, sert aux schiites de manuel pour les pèlerinages. C'est surtout à ce livre qu'a été empruntée l'exposition suivante :

Djomi Abbasi, p. 245 et suivantes. — *Neil ul-merom*, I, p. 88. — *Bist bob*, p. 151-184. — *Kesch enwor*, p. 150-172. — *Helil idjoz*, p. 121-135, 474-477. — *Ichtelofot ul-erb'e*, p. 93-108.

§ 1. Le *heddj* est, d'après le texte du chap. XXII, le pèlerinage obligatoire pour tous les musulmans, et qui forme une des pratiques les plus étroitement imposées de leur religion. Le prophète tenait pour très-important le pèlerinage au *Ke'ebe*, c'est-à-dire, suivant les paroles du Koran, au temple bâti par Abraham sur l'ordre d'en haut, en l'honneur du Dieu véritable et unique; car le pèlerinage accompli avec piété purifie l'âme de ses péchés et fait gagner la béatitude dans la vie future.

§ 2. Outre le *heddj*, l'une des colonnes fondamentales de l'islamisme, Mahomet organisa encore une autre espèce de pèlerinage au *Ke'ebe* ou aux reliques de la Mecque : ce pèlerinage s'appelle *'umreh*. Il exige moins de préparations, et l'obser-

Digitized by Google

vance des usages religieux n'y est point aussi étroite. La différence essentielle entre le *heddj* et l'*'umreh*, c'est que celui-ci n'est point fixé à tel mois et peut être accompli à toute époque de l'année; seulement les schafites regardent l'*'umreh* comme ordonné par Dieu, de même que le *heddj*; les autres sectes regardent le précepte relatif à l'*'umreh* comme *sunnet*, mais non comme *wodjib*.

V. Weil, *Mohammeds Leben*, p. 288-291. Pour les distinguer, il appelle le *heddj : wallfahrt* et l'*'umreh : pilgerfahrt*.

Wahl, *Einleitung zum Koran*, p. 63.

Perron, *Traduction du khalil Ibn-Ishak*, vol. II, p. 3-142, 632.

§ 3. Suivant les expressions du Koran (chap. II, 185), les phases de la lune n'ont lieu que pour désigner aux musulmans le temps auquel doit s'effectuer le pèlerinage à la Mecque.

De quelques paroles recueillies de la bouche du prophète on a plus tard extrait les conditions nécessaires pour ce pèlerinage. Actuellement, et d'après les dispositions du *scheri'et*, il faut, pour que ce pèlerinage soit obligatoire, la réunion des conditions suivantes :

1) *Bulugh*, la majorité;

2) *'Ekl*, la jouissance des facultés mentales;

3) *Ozodi*, la liberté. Les esclaves ne sont pas obligés à faire ce pèlerinage.

4) *Istito'et*, un patrimoine suffisant. Il faut au moins avoir les moyens de s'entretenir pendant le voyage et de fournir aux besoins de la famille restant dans ses foyers;

5) *Schete beden*, la santé;

6) *Emniete roh*, sécurité de route pour le voyage;

7) *Wakt*, le temps nécessaire. Il est prescrit de prendre un temps suffisant pour le pèlerinage et de se mettre en route de bonne heure, de telle sorte qu'on puisse procéder au commencement du mois dzidheddjeh à l'accomplissement des pratiques prescrites pendant le pèlerinage.

Quand toutes ces conditions sont réunies, le pèlerinage devient obligatoire pour tout musulman, et c'est un péché irrémissible que de ne pas le faire ou même de le remettre sans motifs graves.

Les schiites admettent, comme dérogation, que les personnes

Digitized by Google

riches auxquelles manque une des sept conditions, et qui ne peuvent entreprendre elles-mêmes le pèlerinage, envoient quelqu'un à leur place visiter la Mecque. On appelle *heddje niobet* ce genre de pèlerinage, qui est usité dans la Transcaucasie russe.

Les schiites trouvent satisfaisant un seul voyage à la Mecque, tandis que les sunnites tiennent pour nécessaire de le répéter toutes les fois qu'il est possible.

§ 4. Le musulman qui projette d'entreprendre un pèlerinage à la Mecque doit, avant son départ, mettre ordre à ses affaires domestiques, c'est-à-dire assurer l'entretien de sa famille et de toute sa maison d'une manière convenable; régler ses relations privées et publiques, satisfaire ses créanciers par un payement ou un arrangement et, en un mot, arranger ses affaires de sorte qu'en son absence, elles ne donnent lieu que le moins possible, à des contestations et à des débats.

Lorsque le jour du départ a été fixé, le pèlerin rassemble sa famille et sa domesticité, récite deux prières *ruk'et*, puis une prière de voyage et prend congé de tous les assistants. En sortant de la maison, il tourne la face vers *Kebleh* et récite le premier chapitre du Koran, et trois fois les deux derniers versets du second chapitre.

Quand le pèlerin a ainsi annoncé par les paroles requises le *niyet heddj*, c'est-à-dire son intention d'aller visiter la Mecque, il monte à cheval en disant : *Bismillah ur-rehmone ur-rahim :* « Au nom de Dieu, le très-bon et miséricordieux. »

Pendant le voyage, chaque fois qu'il arrive au gîte de nuit ou qu'il s'arrête pour se délasser, il doit réciter quelques prières *ruk'et* et celles qui sont spécialement écrites pour ces cas.

Il est enjoint au musulman d'être, pendant tout le cours de son voyage, généreux, compatissant, bon et poli envers chacun, et de s'abstenir de toute querelle et de toute dispute.

§ 5. Les pèlerinages sont de diverses espèces, sous le point de vue de leur exécution :

1) *Heddj temettu ;*
2) *Heddj efrod ;*
3) *Heddj keron ;*
4) *Heddj niobet ;*

Digitized by Google

Le *heddj temettu* est le pèlerinage complet, dans lequel on exécute ponctuellement toutes les prescriptions qui y sont relatives, sans exception. Il ne peut être entrepris que par ceux qui habitent à une distance de plus de douze milles de la Mecque, et doit être consommé dans les mois *schewwal, dzilke'edeh* et *dzilheddjeh*.

L'habit de pèlerin, *erhom*, doit être endossé aux lieux déterminés.

Le *heddj efrod* et le *heddj keron* se distinguent l'un de l'autre par certaines pratiques en matière d'offrandes, et aussi en ce que le premier est celui que font les habitants même de la ville de la Mecque, et que le second est celui des musulmans qui habitent les environs dans un rayon de douze milles.

Il a été question ci-dessus du *heddj niobet*.

Le pèlerinage *'umreh* peut aussi être *temettu* et *efrod*, selon le domicile du pèlerin.

§ 6. Les pratiques à accomplir en pèlerinage commencent avec le premier jour du mois *dzilheddjeh*, aux lieux fixés spécialement pour chaque contrée [1]. Là, le musulman prend l'habit de pèlerin, *erhom*, et sans pouvoir en changer, quelle qu'en soit l'impureté définitive, il faut le garder jusqu'à la Mecque. Avant de revêtir cet habit, il y a lieu à la purification, *ghusl*. On doit laisser croître ses cheveux et sa barbe jusqu'à la conclusion du pèlerinage. Pendant tout ce temps, le pèlerin doit s'abstenir

[1] Il y a cinq lieux, points de départ du *heddj temetti*, à savoir :

1) *Dzulhuleifeh*, pour ceux qui viennent de Médine;

2) *Velemlem*, pour ceux qui viennent du reste de l'Arabie;

3) *Keren-ul-Menozil*, pour ceux qui viennent de Taif et de la mer Rouge;

4) *Djuhfeh*, pour les pèlerins de Damas;

5) *Ekik*, pour ceux de l'Irak-Adjémi, l'une des plus grandes provinces de Perse.

Le traducteur français ajoute la note suivante :

« Une publication du ministère de l'Algérie et des colonies donne de curieux renseignements sur le pèlerinage de la Mecque qui vient de s'accomplir pour l'année 1859. — C'est le 11 octobre que se sont terminées les cérémonies de ce pèlerinage, au milieu d'un concours de 50,000 pèlerins : 17,850 y étaient allés par voie de mer, et 32,150 par voie de terre. Il y avait un millier d'Algériens.

« En 1858, il y eut 160,000 pèlerins; — en 1857, 140,000; — en 1856, 120,000. — Cette notable diminution est due, selon les indigènes, aux événements de Djedda de 1857 et aux craintes du choléra de 1858. »

Digitized by Google

de tout stimulant des passions et ne pas même prendre part à la discussion d'affaires litigieuses relatives au mariage, au divorce, etc.

A l'arrivée à la Mecque, le premier vêtement est abandonné, la purification, *ghusl*, a lieu, et le pèlerin revêt un nouvel habit. Puis il entre, pieds nus, dans le *ke'ebe*, et récite la prière ordonnée.

En baisant la pierre noire consacrée par Abraham, lors de la construction du temple, *Hedjer ul-eswed*, le pèlerin doit dire une certaine prière. Puis il doit faire sept fois le tour du *Ke'ebe*, voyage qui s'appelle *tewof*, puis après le septième tour, il se rend au puits *Zemzem*, d'où il tire deux sceaux d'eau ; dans l'un il boit, et avec l'autre il se couvre d'eau de la tête aux pieds.

Après que le pèlerin a récité les prières *ruk'et* prescrites, il se rend aux collines Sefo et Merweh, et exécute sept fois le trajet de l'une à l'autre, à pas inégaux et précipités. Chaque fois, en s'approchant de chacune d'elles, il récite les prières spécialement indiquées.

De retour à la Mecque, le pèlerin revêt un nouveau vêtement, coupe sa barbe et recommence son voyage autour du *Ke'ebe*, puis de la colline Sefo à la colline Merweh.

Après que les pèlerins ont proclamé haut et à plusieurs reprises : *Lebbeike*, c'est-à-dire déclaré qu'ils ont accompli les pratiques dont il vient d'être parlé, ils se rendent à la montagne *'Erefot*, où ils arrivent le huitième jour du mois dzilheddjeh et où ils doivent rester depuis trois heures de relevée jusqu'à la nuit. A ce moment-là, ils se transportent au lieu appelé *Mesch'er el-herom*, où ils récitent une prière et font provision des pierres qu'ils jetteront sur le lieu dit *Djemereh*. Le lendemain, neuvième jour, les pèlerins doivent se trouver au lieu dit *Mino*, et de là jeter leurs pierres sur le *Djemereh*, contre le malin esprit, *Remi Djemereh*. Le dixième jour de fête, appelé *zeho*, on apporte sur le lieu même où, suivant le Koran, Abraham voulait sacrifier son fils, une victime, *kurban*, qui doit être ou bien un jeune chameau de cinq ans, un taureau ou une chèvre d'au moins un an, ou une brebis d'au moins six mois. Une partie de l'animal ainsi offert en sacrifice est consommée par les pèlerins, tout le reste est distribué aux pauvres.

Après la consommation du sacrifice, le pèlerin se rase la tête et la barbe, nettoie son corps de tous les cheveux qui peuvent

Digitized by Google

s'y trouver et se coupe les ongles. Il est enjoint d'enfouir dans le lieu *Mino* tous ces détritus de sa toilette.

Après cela, le pèlerin retourne à la Mecque, achève sa pérégrination *tewof* et les prières *ruk'et*, se rend ensuite aux collines Sefo et Merweh; puis il retourne à la Mecque pour y procéder de nouveau au voyage autour du *Ke'ebe*, et revient au lieu *Mino*, où il doit passer les nuits du onzième, du douzième et du treizième jour du mois *dzilheddjeh*, lesquelles nuits s'appellent *teschrik*.

Pour la clôture, après le retour à la Mecque, le pèlerin endosse un nouveau vêtement, refait la promenade autour du *Ke'ebe* et visite une dernière fois les lieux *'Erefot*, *Mino*, *Sefo* et *Merweh*.

Au quatorzième jour du mois dzilheddjeh, toutes les cérémonies du pèlerinage sont terminées : on quitte le vêtement de pèlerin, une ablution a lieu, et le pèlerin a désormais acquis le titre d'honneur de *hadji*, qui veut dire : *ayant fait le voyage de la Mecque*. Cette qualification se met au devant du nom du croyant, qui la conserve à jamais.

Observation. Les schiites entreprennent aussi des pèlerinages aux tombeaux des imans, et notamment de Hussein, à Kerbelah, de Ali, à Nedjef, et de Riza, à Meschhed. Celui qui a visité Kerbelah prend la qualification de *kerbelai*; ceux qui ont fait le pèlerinage de Meschhed, celle de *meschhedi*. Mais si un pèlerinage est fait après celui de la Mecque, on laisse de côté ces qualifications pour ne garder que celle de *hadji*.

CHAPITRE VI.

Djehod, la guerre contre les Infidèles.

Sources.

Neil ul-merom, p. 92-98. — *Bist bob*, p. 184-192. — *Kesch enwor*, p. 467-471; 784-809. — *Helil idjoz*, p. 280-283; 437-440; 452-469. — *Ichtelofot ul-erb'e*, p. 246-281. — Koran, chap. VIII, IX, XLIX.

Il n'est donné dans le présent chapitre que quelques-unes des règles les plus importantes sur la guerre religieuse, principalement d'après la secte des schiites. On trouvera plus de détails dans la dissertation du docteur Worms sur la propriété

Digitized by Google

dans les pays musulmans, *Journal asiatique*, 1842, p. 388-398; dans l'ouvrage de Mouradgea d'Ohsson, t. V, p. 49-139, et dans l'intéressant article : « *sur le Djehod* » par le conseiller Chanykow, dans le journal (*der Kaukasus*) de 1846.

§ 1. La guerre contre les infidèles est un devoir obligatoire pour tout musulman qui est majeur, sain de corps et d'esprit et de condition libre. « Un jour de guerre vaut mieux, aux yeux « de Dieu, que tout un mois de jeûne, » a dit le prophète de l'islamisme.

On ne doit s'y préparer que sur l'appel et l'ordre de l'imam. Et l'on ne doit ni l'entreprendre, ni la continuer pendant les saints mois redjeb, dzilke'ede, dzilheddjeh et moharrem, à moins que l'ennemi ne fasse invasion [1].

§ 2. La guerre religieuse est entreprise :

1) Contre les infidèles qui refusent de se soumettre à la puissance des musulmans;

2) Contre ceux qui, quoique soumis à la puissance des musulmans, refusent d'obéir et de payer les impôts *djeziyeh;*

3) Contre ceux qui se révoltent envers les imams, fussent-ils mahométans, et en général contre tous ceux qui commencent des hostilités [2].

§ 3. Toutes les choses mobilières dont on se met en possession en pays ennemi ou dont on s'empare pendant la guerre, forment le butin de guerre, *ghanimet*, qui, sous déduction du cinquième (*chüms*), est partagé entre toute l'armée.

Tous les immeubles demeurent en la possession des propriétaires, sans qu'ils soient tenus d'embrasser l'islamisme, pourvu

[1] Les musulmans ne doivent pas, durant la guerre, plaider contre les infidèles, mais les riches et ceux qui sont dans l'aisance doivent donner une partie de leur avoir pour faire face aux dépenses de la guerre.

[2] D'après le livre *Hedayet*, admis par la secte des azemites, ceux-ci ne croyaient pas, comme à un dogme, à la nécessité de faire la guerre aux infidèles. Ils regardaient l'état de paix comme un armistice, jusqu'à ce qu'il y eût des motifs sérieux de faire la guerre. Mais cette reprise des hostilités doit être signalée d'avance à l'ennemi. La protection, *eman*, promise par un musulman à un infidèle ou à une province entière, engendre une obligation qui doit être respectée et exécutée par tous les membres de la peuplade musulmane.

Digitized by Google

qu'ils se soumettent volontairement à la domination musulmane et qu'ils consentent à payer un impôt, *djeziyeh* et un prélèvement sur leur avoir, *cherodj*.

Le montant de cet impôt, non déterminé par la loi, dépend de l'arbitrage de l'imam.

Les infidèles qui embrassent l'islamisme demeurent en pleine possession de tout leur avoir, et ne sont tenus de payer que le *zekat*. Leurs immeubles sont dits *erze 'eschriyeh*, c'est-à-dire dont la dîme est payée, à la différence de ceux dont le *cherodj* est à payer. (Voy. plus bas.)

Les infidèles qui ne se soumettent pas volontairement n'ont point de quartier à attendre. Les prisonniers mâles, s'ils n'embrassent pas l'islamisme, doivent être mis à mort; les femmes et les enfants réduits en esclavage. (Voy. le livre *'Eiko'ot.*) Il dépend néanmoins de l'iman d'accorder la vie sauve à ces prisonniers mâles et d'en faire des esclaves.

Toutes les terres cultivées et conquises sont abandonnées aux musulmans qui ont pris part à la guerre, sans cependant qu'ils en acquièrent la propriété et sans pouvoir en disposer au profit d'autrui par hérédité, donation ou *wäkf*. Ils n'en obtiennent que la jouissance suivant le partage de l'imam auquel reste tout droit sur ces choses.

Les terres non cultivées, *mewot*, deviennent la propriété exclusive de l'imam, et le défrichement n'en peut avoir lieu qu'avec son consentement. (Voy. le livre *Ehkom.*)

Toutes les terres cultivées, quand même elles seraient en partie propriétés de musulmans, sont frappées, comme conquises, d'un impôt foncier, *cherodj*. Cet impôt est ou bien *cherodj mukosimet*, susceptible de varier, suivant la fertilité et les localités, ou bien *cherodj wezifeh*, invariable, frappé par une décision de l'imam ou du sultan.

Les terres et les propriétés des *herbi*, c'est-à-dire de tous les infidèles qui ne sont pas soumis à la domination musulmane et qui ne payent pas de *djeziyeh*, deviennent *muboh*, c'est-à dire que les musulmans ont le droit de les acquérir légalement.

Le mahométan qui prend possession de la chose du *herbi*, s'y comporte désormais comme premier occupant.

Le partage du butin (*kismet*) se fait par les soins de l'imam. Après qu'un cinquième a été prélevé par lui pour les besoins de l'État, des causes pies et des actes agréables à Dieu, le reste

Digitized by Google

se partage entre toute l'armée : le cavalier doit recevoir une part double de celle du fantassin.

La part de chaque militaire, après son retour dans ses foyers, devient sa pleine propriété et passe à ses héritiers.

Les *ehle dzimmet*, c'est-à-dire les infidèles qui payent le *djeziyeh*, sont protégés dans leurs droits par les gouvernements musulmans; mais ils doivent montrer une déférence particulière envers les croyants. Il leur est interdit d'entrer dans une mosquée; ils doivent se distinguer des musulmans par un vêtement particulier, leurs maisons et constructions ne doivent être ni plus élevées ni plus belles que celles des croyants : ils ne doivent faire ni luxe ni dépense.

Dans les relations civiles et en ce qui concerne leurs droits personnels et de propriété, ils jouissent des mêmes que ceux que la loi accorde aux musulmans. En matière criminelle et correctionnelle, ils sont jugés d'après la loi musulmane, s'ils contreviennent à la loi nationale ou aux prescriptions du *scheri'et*.

Ils ne sont cependant point passibles de peines quand leurs actes sont à la vérité contraires aux lois de l'islamisme, mais non défendus comme criminels par leur propre législation.

En principe général, les *ehle dzimmet* sont à juger par des personnes de leur race et suivant leurs lois.

CHAPITRE VII.

E'tikof, retraite dans une mosquée.

§ 1. Par *e'tikof* on entend des prières extraordinaires qu'un musulman récite dans une mosquée, par une piété exceptionnelle, en s'isolant des idées du monde et des affaires, et dans le but de se rapprocher du trône de Dieu. Ce ne doit point être un acte imposé, mais le résultat d'une libre et volontaire détermination, et dans le but de faire pénitence.

L'usage de pareils exercices ou l'éloignement temporaire du milieu du monde pour se livrer à des méditations religieuses et pour s'inspirer d'en haut, est surtout usité parmi les sectes qui se préoccupent de recherches mystiques sur les secrets de la foi, parmi lesquelles se font notamment remarquer les communautés *Ehle teriket* et *Sufi*, avec leurs mürschides et müridos.

Le *'etikof* est imposé, *wodjib*, ou facultatif, *mendub*. Le pre-

Digitized by Google

mier résulte d'un vœu, le second n'a d'autre cause que le désir de s'y soumettre par piété et par dévotion.

§ 2. Il y a à observer dans l'*"etikof* ce qui suit :

1) Celui qui veut s'y soumettre, doit être de croyance musulmane, majeur et sain d'esprit ;

2) Il doit réciter, avant le lever du soleil, le *niyyet*, c'est-à-dire la déclaration de sa volonté d'accomplir l'*"etikof*;

3) *Mekon*, le lieu : c'est dans la *mesdjed djum'e*, c'est-à-dire dans la principale mosquée où les jours de fête l'*imam djum'e* ou le *pischnemaz* dirigent la prière de midi, qu'il doit faire cette retraite. Il y a dans toute mosquée un espace à ce destiné.

4) *Zemon*, le temps : il ne peut pas être moindre que trois jours consécutifs.

5) *Nischesten*, le séjour : il faut rester continuellement dans la mosquée, y réciter les prières et ne se laisser distraire par aucuns détails étrangers ou par aucune pensée mondaine. Il n'est permis de quitter la mosquée que pour se laver, pour satisfaire les besoins naturels, pour aller réciter les prières des agonisants ou suivre un convoi funèbre, pour visiter les malades et déposer en justice.

6) Le jeûne, *ruzeh :* il faut suivre les règles rigoureuses du jeûne du ramazan. Tout ce qui dérangerait la régularité du jeûne du ramazan, doit être évité pendant l'*"etikof*. Celui-ci ne peut pas avoir lieu à une époque où il est défendu de jeûner, par exemple les jours de fête.

7) *Ruchset*, l'autorisation d'accomplir l'*"etikof :* l'enfant doit l'obtenir de son père, la femme de son mari et l'esclave de son maître.

D'après le livre *Neil ul-merom*, p. 76, cette autorisation doit être accordée à tout musulman par le *sahib weloyet* ou par l'imam, s'il est sur les lieux.

L'*"etikof* accompli sans permission n'a aucune valeur légale. Celui qui, ayant fait vœu de se soumettre à l'*etikof* n'accomplit pas ce vœu, est soumis au *kefforet*. (Voy. le livre *Eiko'ot*.)

Digitized by Google

CHAPITRE VIII.

Emer mä'eruf we nehi münker, l'exhortation à accomplir la loi et à s'abstenir de toute illégalité.

Mä 'eruf signifie l'exhortation à toute bonne action, *nik*, et *münker*, l'abstention de toute action mauvaise, illégale, *kebih*.

C'est le devoir de tout musulman de conseiller des actes bons et conformes à la loi, et d'aider à les accomplir, comme d'un autre côté d'empêcher chacun de faire des actes contraires à la loi. C'est principalement le devoir des grands et des illustres, *e'yon*.

En ce qui concerne le détournement des violations de la loi, il faut observer ce qui suit :

1) Avant d'exhorter, *nehi*, il faut être certain que la personne à laquelle on va adresser l'exhortation a réellement accompli ou est dans l'intention d'accomplir une mauvaise action ;

2) On doit de plus être intimement convaincu que le *münkir*, c'est-à-dire le coupable, tiendra compte de l'exhortation ;

3) Quand il apparaît qu'il a quelque repentir, et quand il reconnaît avoir mal fait, il faut lui présenter les exhortations.

4) Mais s'il est certain que ces exhortations ou la tentation d'arrêter de mal faire seraient infructueuses, et auraient même des suites fâcheuses pour l'exhortant, il peut se dispenser de s'en mêler.

Pour empêcher quelqu'un de faire de mauvaises actions, on peut se servir de trois moyens, selon qu'on s'exprime par signes, par paroles ou par actions, *dil, zebon we dest*. Il faut employer ces moyens successivement. En tous cas, il faut commencer l'exhortation avec douceur et calme, puis, si cela ne suffit pas, élever la voix et enfin, se servir des mains pour tâcher d'empêcher une mauvaise action ; cependant, il n'y a que le souverain du pays ou l'imam qui ait le droit d'employer la force contre le coupable et de le punir. ESCHBACH.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

Digitized by Google

DES ENFANTS TROUVÉS ET ABANDONNÉS.

Par M. Sévin, conseiller à la Cour de cassation.

Voici une question qui a le triste privilége d'être constamment à l'ordre du jour; d'avoir inspiré plus de discussions que d'œuvres, plus d'écrits que d'actes; d'avoir défrayé, depuis plus de trente ans, une polémique ardente et passionnée; d'avoir engendré une foule de tentatives dont aucune n'a abouti : en sorte que l'on se trouve aussi avancé que le premier jour, à bout d'arguments, et sans solution aucune.

Pourtant, est-il un sujet qui intéresse aussi vivement les plus nobles sentiments de la nature humaine, les plus vives sympathies que Dieu ait mises au cœur de l'homme, le devoir social de l'ordre le plus élevé? Est-il une classe d'infortunés qui appelle plus particulièrement la commisération, qui attire davantage les secours de la société, que cette foule d'enfants abandonnés que la misère ou la faute de leurs parents rejette et livre à la pitié publique? En est il qui sollicitent plus vivement l'exercice de la vertu chrétienne par excellence, la charité?

Depuis un excellent article inséré dans la *Revue de législation* par un honorable magistrat, M. Bourdon, de Lille[1], bien des documents nouveaux sont venus s'ajouter au dossier, déjà si volumineux, des enfants trouvés et abandonnés. Je voudrais analyser pour nos lecteurs ces éléments divers de la discussion, dire ce qui a été fait, surtout ce qu'on a manqué de faire, et poser une fois de plus la question.

L'histoire nous apprend que, depuis l'époque marquée dans les phases de l'humanité par l'avénement du christianisme, lorsqu'une nouvelle loi morale vint se substituer à l'antique barbarie, la charité, privée d'abord, publique ensuite, comprit le devoir de secourir les victimes d'un ordre social qui les avait livrées jusque-là aux conséquences d'un pouvoir paternel illimité, sans autre refuge que la déplorable condition de l'esclavage. De jour en jour, on vit croître et s'universaliser les institutions consacrées aux enfants abandonnés. Louis XIV et Colbert, inspirés de la pensée de saint Vincent de Paul, accep-

[1] *Revue de législation*, 1848, t. Ier, p. 301.

Digitized by Google

tèrent ce grand devoir comme la conséquence d'une grande puissance. Le XVIIIe siècle, qui détruisit tant de choses, consacra les pieuses pensées qu'il trouva en action ; et la Révolution française, en proclamant la nation héritière de tous les pouvoirs du passé, déclara qu'elle succédait à toutes leurs obligations envers ceux que la tradition appelait *les premiers et les plus infortunés pauvres*. L'empereur Napoléon Ier admit les mêmes principes, et son célèbre décret de 1811, consécration claire et formelle des devoirs de la charité publique envers les enfants abandonnés, ne put être détourné de son but que par les sophismes d'une prétendue science, qui, sous les auspices de l'école de Malthus, s'introduisit, vers la fin de la Restauration, dans les habitudes administratives.

On écouta, on provoqua les réclamations des corps délibérants, on les effraya de ce qu'on appelait *la plaie toujours croissante* des enfants trouvés. On ne voulut pas voir que, si la dépense augmentait, ce n'était pas que le nombre des expositions augmentât, mais seulement parce que, mieux soignés, les enfants recueillis mouraient un peu moins. On se fit, de chiffres mal compris, un argument contre l'institution des *tours*, c'est-à-dire contre l'adoption sans enquête des enfants abandonnés; institution qui n'est que la réalisation ingénieuse de cette pensée chrétienne, qui veut qu'on ne regarde qu'au malheur, et non à la faute. On fit la guerre à saint Vincent de Paul et à ses créations charitables, on les déclara dangereuses, et (qui le croirait?) immorales! confondant ainsi la faute ou le crime des parents avec le malheur et l'innocence de l'enfant abandonné.

Sous l'influence de ces mauvaises inspirations, on chercha les moyens curatifs du *fléau*. Il y eut sur ce sujet, entre les localités, une triste émulation. Ici, on supprima les tours; là, on les fit surveiller, ce qui est la suppression, avec la franchise de moins. Ailleurs on préconisa la mesure meurtrière des déplacements, mesure aujourd'hui jugée, et que personne n'oserait plus défendre. On rendit aux mères que l'on put découvrir des enfants que la charité publique avait recueillis depuis longtemps. — Et de tout cela ne résulta pas même l'économie d'argent que l'on cherchait ; on ne recueillit que larmes, misères, infanticides. La prétendue science économique avait fait ses preuves. Espérons qu'elle a fait son temps.

Digitized by Google

Mais ces cruelles expériences n'avaient pas passé sans protestations.

A la tête de la croisade humaine, charitable, chrétienne, qui s'éleva énergiquement contre les économies funestes essayées de 1833 à 1837 dans trente départements, il faut placer le nom d'un grand poëte, qui fondait alors sa renommée de grand orateur. M. de Lamartine, qui déjà avait fait entendre, aux applaudissements de la *Société de la morale chrétienne*, une éloquente accusation contre la suppression des tours et le déplacement des enfants, la reproduisit à la tribune de la chambre des députés[1], et jamais peut-être paroles plus éloquentes, plus émues, plus indignées, n'avaient retenti dans l'enceinte parlementaire. Le ministère n'osa défendre ouvertement les mesures de ses préfets; il s'efforça d'amoindrir les faits, promit d'étudier la question, et la posa en effet, par forme d'enquête, aux conseils généraux.

L'illustre protecteur des enfants abandonnés sentit le danger de cette enquête. S'adresser aux conseils généraux, c'est-à-dire aux corps chargés d'équilibrer les budgets départementaux, et y réussissant si peu; leur demander un avis sur des mesures présentées comme réduisant les dépenses du chapitre le plus embarrassant du budget, n'était-ce pas exposer leurs sentiments d'humanité à une trop forte tentation, alors surtout qu'on leur prouvait, au moyen de statistiques complaisantes, que les mesures attaquées ne causaient aucun inconvénient, tout en économisant les deniers des contribuables? M. de Lamartine, qui avait fait, en quelque sorte, de la cause des enfants abandonnés son affaire personnelle, ouvrit une *contre-enquête* auprès des hommes qui connaissaient le mieux les faits, qui ne pouvaient être tentés de faire céder la question morale et humaine à des considérations économiques : il consulta les commissions administratives des hospices.

Les réponses furent unanimes. De tous les points de la France il fut dit que le déplacement des enfants était une mesure barbare et meurtrière, que la suppression des tours était un encouragement, une excitation à l'infanticide.

Le leur côté, les conseils généraux furent loin d'une pareille unanimité.

[1] Séance du 30 mai 1838.

Digitized by Google

Dès 1835, le conseil général des Deux-Sèvres, celui du Cher, s'opposèrent à la suppression des tours. Le conseil général du Bas-Rhin, loin de songer à diminuer la dépense des enfants trouvés, voulait leur continuer, au delà des douze premières années de leur vie, les secours et la tutelle des hospices.

En 1836, le conseil général de la Dordogne se bornait à recevoir *l'assurance* que l'économie produite par la suppression de quelques tours n'avait pas été achetée trop cher par des infanticides plus fréquents. Plus tard, éclairé par les faits, ce département a protesté avec énergie contre les mesures de l'administration.

En 1838, le Pas-de-Calais, le Tarn, l'Aube, l'Ariége, les Bouches-du-Rhône, le Finistère, la Creuse, Indre-et-Loire, la Loire, Maine-et-Loire, la Marne, le Morbihan, la Mayenne, la Meuse, la Moselle, le Nord, l'Orne, la Sarthe, la Seine, l'Yonne s'opposent à la suppression des tours.

La Haute-Garonne ne consent à la suppression des tours qu'à la condition qu'ils soient remplacés par un mode de réception qui concilie *le secret et le vœu de l'humanité* avec les intérêts des départements.

En 1839 et années suivantes, des délibérations sont encore prises pour la conservation des tours par les conseils généraux des Côtes-du-Nord, de la Haute-Loire, du Var, de Vaucluse, de la Gironde, des Landes, de la Corrèze, d'Eure-et-Loir, de la Vienne.

Les opinions étaient donc fort divisées, même au sein des conseils généraux. Elles ne l'étaient pas parmi les administrateurs des hospices, témoins des résultats déplorables qu'avaient produit les mesures restrictives essayées dans certains départements.

La discussion fut reprise en 1839 à la tribune de la chambre des députés. Malheureusement, la chambre n'eut pas à se prononcer par un vote positif. On laissa donc se continuer l'enquête et les expériences.

En 1847, une pétition de M. de Melun, sur le régime des enfants trouvés, fut renvoyée au ministère de l'intérieur, après une discussion peu approfondie.

La Révolution de 1848 agita de nouveau ces intéressantes questions. La Constitution qui fut alors votée comprenait, comme celle de 1791, au nombre des devoirs de la société, le secours et l'assistance aux enfants abandonnés. On songea à

Digitized by Google

organiser ce secours, cette assistance. De là de sérieux travaux que trouva le gouvernement de l'empereur Napoléon III. Ils se distinguaient en trois systèmes, représentés par trois projets de loi :

1° Celui émané d'une commission nommée le 22 août 1849, et réunie au ministère de l'intérieur. — *Les tours sont supprimés* (art. 28) *même dans les hospices libres ou maisons charitables à titre privé* (art. 29). — C'est la doctrine de Malthus, c'est la tradition administrative de M. Duchatel.

2° Celui élaboré par une commission de l'Assemblée législative (rapporteur, M. de Melun). *Il y aura au moins un tour par département* (art. 5). — C'est la tradition chrétienne, c'est l'esprit de saint Vincent de Paul, de Louis XIV, de la Révolution française, de Napoléon Ier.

3° Le projet de loi rédigé par le Conseil d'État, en 1851. — *Il pourra y avoir des tours*, selon que les conseils généraux le jugeront convenable. — C'est le maintien du *statu quo*, l'indépendance, ou plutôt l'anarchie locale.

Écartons d'abord ce dernier projet. Présenté au corps législatif, il paraît avoir soulevé de graves objections; car, ajourné d'abord d'une session à l'autre, il a été définitivement retiré. Personne ne veut du *statu quo*.

Ce n'était pas une heureuse idée que de renoncer, sur une pareille matière, à l'unité législative, et de s'en remettre, pour l'accomplissement d'un devoir aussi sacré, à la diversité de vues, à l'incertitude de direction qui résulteraient du fractionnement de la France en autant de zones de bienfaisance qu'il y a de départements. Il y aurait donc des départements charitables et des départements égoïstes, un conseil général chrétien à côté d'un conseil général malthusien. Qu'arriverait-il? ce qui arrive aujourd'hui : c'est que les localités charitables seront envahies par les enfants des localités voisines qui auront supprimé leurs institutions de bienfaisance. Injustice et inégalité. Faudra-t-il donc rétablir des lignes de douanes intérieures contre cette invasion d'une nouvelle espèce?

Il faut unité de loi, car il y a unité de devoir. Cette unité devrait être sanctionnée par l'unité financière, décrétée par la Convention, par le Directoire, par l'empereur Napoléon Ier. — La dépense des enfants abandonnés doit être une dépense du budget général, et non pas une charge départementale. Est-il

Digitized by Google

juste, par exemple, que le département de la Seine, qui reçoit, sans qu'on puisse l'empêcher, les enfants de quatorze départements voisins, soit écrasé sous la charge de ces dépenses qui ne le regardent pas?

Le projet du ministère de l'intérieur, que le ministre de l'époque n'osa pas envoyer à l'Assemblée législative sans réserver son opinion et celle du gouvernement, n'a pas besoin d'être combattu en détail. Son principe est faux : c'est la conséquence dernière du célèbre sophisme de Malthus, qui, préoccupé de la crainte illusoire d'un excès de population, et convaincu de la nécessité de la misère pour rétablir l'équilibre avec les subsistances, a condamné les institutions de charité comme un encouragement à l'imprévoyance. Or la science, la vraie science économique, répond à ces terreurs en les niant, en prouvant par les faits que les subsistances croissent plus rapidement que la population; car à mesure que la population a progressé en nombre, elle a aussi grandi en bien-être; car l'homme n'est pas un produit qui constitue la société en perte; c'est au contraire un instrument qui rapporte plus qu'il ne coûte, qui grossit à chaque génération le capital de l'humanité. La misère n'est donc pas une nécessité à subir, mais un accident à combattre, un malheur partiel à soulager; et la nature n'a pas trompé l'homme en lui inspirant la compassion pour les maux de ses semblables, en lui commandant de les aider et de les secourir dans leurs épreuves.

Si la charité n'est pas une erreur, mais un devoir, à qui est-elle due plus évidemment qu'à ces pauvres enfants qui ne sont coupables, eux, ni de faute ni d'imprudence, et dont la conservation, aux frais de la société, ne constitue, au point de vue économique, qu'une avance qui rentrera avec bénéfice?

Revenons donc à la seule doctrine avouable, au système chrétien : il n'est pas seulement le plus humain, il est le plus vrai. La charité n'est pas seulement la vertu, c'est encore la science.

C'est ce qu'avaient bien senti deux éminents esprits qui, par une honorable initiative, ont réveillé, devant le corps le plus élevé de l'État, l'intéressante question des enfants abandonnés.

MM. Portalis et Troplong présentaient, en 1856, au Sénat, une proposition dont voici les principaux articles :

Digitized by Google

« I. Déclarer enfants adoptifs de l'État tous les enfants con-
« fiés à l'assistance publique.

« II. Rendre le tour obligatoire, et disposer que chaque dé-
« partement en aura au moins un... Établir que les enfants
« trouvés seront admis au tour, avec le secret que comportent
« les circonstances de leur naissance.....

« IV. Établir, dans chaque hospice dépositaire, une crèche,
« où les enfants recevront les premiers soins.

« Réglementer, d'une manière uniforme pour toute la France,
« les mesures relatives au choix des nourrices, au bien-être des
« enfants, etc.....

« Interdire le déplacement et la paye aux filles mères.

« Disposer : 1° qu'à partir de six ans jusqu'à dix, les enfants
« adoptifs garçons pourront, soit continuer à demeurer chez
« leurs familles nourricières, soit être placés dans des établisse-
« ments spéciaux de bienfaisance;

« 2° Qu'à partir de six ans jusqu'à seize, les filles adoptives
« pourront, soit continuer à demeurer chez leurs familles nour-
« ricières, soit être confiées à des congrégations religieuses de
« sœurs;

« 3° Que les enfants infirmes des deux sexes seront, à partir
« de six ans, placés dans des maisons hospitalières spéciales. »

. . . . . .

Il est impossible de mieux penser et de mieux dire. Tout est prévu dans la proposition des deux illustres magistrats, tout, jusqu'à la suppression de cette humiliante dénomination d'*enfants trouvés*, que la prévoyance la plus délicate remplace par le nom plus sympathique d'*enfants adoptifs*. La Convention (singulière rencontre!) avait eu de ces pudeurs de langage : elle disait *enfants de la patrie*, ou *orphelins*.

Nous voici donc revenus, grâce à la bienveillante inspiration de deux hommes si élevés en dignité et en sentiment, à la vraie solution de notre question, à la charité sociale, à l'adoption par l'État des orphelins.

Mais cette charité, je ne la veux pas aveugle. Ce devoir que j'impose à la société, de recueillir les enfants abandonnés, j'entends qu'elle ne l'exerce qu'après s'être assurée que l'abandon est sérieux, persistant, dicté par une nécessité impérieuse. Mais, pour acquérir cette conviction, je n'irai pas établir à la porte des maisons hospitalières une inquisition odieuse qui

Digitized by Google

n'atteindrait pas son but; car l'enfant que la police refuserait d'admettre sur l'oreiller du tour, elle le trouverait peut-être plus tard sur le pavé de la rue. Que la société facilite aux mères l'accomplissement de leurs devoirs, et qu'elle se fie ensuite aux inspirations de l'amour maternel : il n'y aura alors d'enfants abandonnés que ceux qui, par des motifs sérieux, irrésistibles, ne pourront être conservés au sein de leur famille.

Je voudrais donc deux ordres de mesures : — les unes, de nature préventive, auraient pour but d'empêcher, autant que possible, les abandons d'enfants; —les autres, pour les cas où l'abandon aurait eu lieu malgré toutes les précautions prises, tendraient à tirer le meilleur parti des enfants confiés à la charité publique.

I. Il existe en France une admirable institution, celle des *Sociétés de charité maternelle.* Elles ont pour objet de donner secours aux mères malheureuses, de leur faciliter ainsi l'accomplissement de devoirs sacrés envers leurs enfants, de rendre moralement impossible l'abandon ou l'exposition des nouveau-nés, dans tous les cas (et c'est le plus grand nombre), où la misère seule aurait déterminé ce déplorable résultat.

Je ne connais pas de plus belle, de plus utile manifestation de l'esprit de charité. Fondées sous les auspices de Marie-Antoinette, multipliées sous l'Empire par la volonté féconde de Napoléon Ier, elles ont reçu pour dernière consécration, les témoignages les plus positifs d'intérêt et de dévouement de S. M. l'Impératrice Eugénie. Bénie soit-elle pour cette pieuse pensée!

Il ne s'agit que de développer le bienfait des sociétés de charité maternelle;

De leur rendre, au moins, le budget qu'elles tenaient de l'Empire (500,000 fr.), et que d'inintelligentes économies ont réduit des quatre cinquièmes;

De répandre et d'universaliser l'institution, concentrée aujourd'hui dans quelques villes; de la faire pénétrer dans les plus petites localités, sur tous les points où il y a une misère à soulager, un malheur à prévenir.

D'étendre enfin les secours et la surveillance des sociétés de charité maternelle à toutes les mères sans exception, légitimes ou illégitimes. Là serait l'innovation et, j'ose l'affirmer, le progrès.

Digitized by Google

On a fait justice depuis longtemps de la calomnie qui traînait dans certains livres, une calomnie contre la Convention! On reconnaît que la terrible assemblée n'a rien fait d'immoral en accordant, non pas, comme on le disait, des primes aux filles-mères, mais bien des secours à celles *qui consentaient à élever leurs enfants.* Cette mesure sage et prévoyante, destinée à diminuer le nombre des expositions, a été adoptée récemment par plusieurs conseils généraux, et l'on n'a pas crié à l'immoralité.

Mais il y a des inconvénients dans ces secours accordés par l'administration à des malheureuses qui, invitées à les solliciter ouvertement, apprennent ainsi à dépouiller le dernier sentiment louable qui leur reste, la honte de leur faute : sorte de prime d'encouragement à celles dont le front ne sait plus rougir; tandis que la bienfaisance sociale ne saura pas aller chercher celles qui auront la pudeur d'ensevelir leur malheur dans le silence et le mystère.

Tout va changer si des sociétés charitables, composées de femmes pieuses, de bonnes mères de famille, se chargent de découvrir les fautes et les misères cachées, d'entourer de bons soins, d'encouragements et de secours, les victimes de la séduction et de la faiblesse. Il n'appartient qu'aux femmes, à leur main délicate et légère, de panser ces plaies secrètes. Confions-leur une tâche dans laquelle nous échouerions infailliblement.

Alors sans doute diminuera le nombre des expositions et des abandons, car la cause la plus puissante aura disparu. Voilà des mesures préventives sages et efficaces, car elles n'ont rien de sévère, rien d'odieux; elles agissent sur les bons sentiments qu'elles tendent à raviver, à régénérer. Les résultats acquis autorisent à bien augurer d'une expérience qui ne serait que la généralisation d'un bien déjà obtenu.

II. Mais, malgré tout, il y aura encore des expositions, des abandons d'enfants; car les mesures préventives ne pourront, quoi que l'on fasse, pénétrer partout; car il y aura toujours de fatales circonstances qui ne permettront pas à toutes les mères de remplir les devoirs de la maternité. Pour ces cas exceptionnels, que la société ouvre avec générosité ses asiles hospitaliers, qu'elle pratique largement la science et la charité chrétiennes; qu'elle renonce à toute inquisition, à toute exclusion. Les seuls enfants, en effet, qui lui seront présentés, malgré

Digitized by Google

toutes les précautions prises préventivement, seront ceux que leurs mères ne pourront pas absolument ou ne voudront pas résolûment conserver. Or, à l'un ou à l'autre de ces titres, il faut les recevoir : ils sont abandonnés. Malheur, faute ou crime, ils ne peuvent rester avec leurs mères, et ils ne sont coupables, eux, ni de crime, ni de faute, ni de malheur.

Ajoutons que la société, en les recueillant, n'accomplit pas seulement un devoir : elle fait aussi une bonne affaire. Ces êtres délaissés ont une valeur aux yeux de l'économiste, non moins qu'aux yeux du philosophe chrétien ; ce sont des hommes, c'est-à-dire des instruments destinés à travailler, à augmenter le capital social de l'humanité. Mais pour tirer d'eux ce parti avantageux, profitable, il faut le vouloir : il faut les élever, les administrer, s'occuper de leur avenir. C'est ce qu'on n'a pas fait jusqu'à présent. Les soins qu'on leur a donnés ont été trop souvent l'équivalent d'un nouvel abandon. Payer pour eux des mois de nourrice ou des pensions jusqu'à l'âge de douze ans, puis les livrer sans défense aux hasards de la vie, voilà tout ce que l'on fait pour eux.

La charité privée a indiqué par ses exemples ce que l'on peut faire pour ces malheureux ; car pendant que l'on discutait le plus vivement à leur sujet, on vit se manifester une tendance nouvelle qui pourrait bien contenir le mot de la solution tant controversée. On s'occupa de perfectionner le régime auquel étaient soumis les enfants trouvés et abandonnés ; on chercha à utiliser productivement les forces de cette population déshéritée. Des associations de bienfaisance où l'on vit briller les noms les plus distingués s'organisèrent dans ce but ; et l'on fut autorisé à se demander si toutes les questions débattues jusque-là ne devaient pas tomber mortes et inutiles en face de ce problème d'une portée bien supérieure, de l'utilisation des enfants confiés à la charité sociale. Si en effet la solution devait être celle-ci, que ces enfants peuvent devenir un profit et non une charge, discuterait-on autant à leur sujet ?

Donc ce qui a été fait avec tant de succès à Saint-Ilan, au Mesnil-Saint-Firmin, dans vingt établissements semblables, il suffirait de le généraliser.

Que par les soins d'une *société d'adoption* placée sous le plus auguste patronage, les enfants abandonnés trouvent dès le premier âge, au lieu de nourrices mercenaires, trop souvent inca-

Digitized by Google

pables par leur misère ou par leurs vices, la prolongation des soins qu'ils reçoivent à titre provisoire dans les hospices. Le mot est tout trouvé : c'est la *crèche* qui s'ouvrira pour eux, avec les conditions d'allaitement, d'alimentation, d'habitation que dictera la science médicale.

Qu'au sortir de la *crèche* ils soient recueillis par la *salle d'asile*, où leur intelligence, leur moralité, leur aptitude recevront un premier degré de culture; puis qu'ils passent à l'*école*, école d'éducation et d'instruction, école de travail surtout, de travail agricole par préférence, comme plus sain en général et plus moralisateur; de travail industriel aussi, selon les circonstances et les aptitudes. Et dans ces établissements, soit divisés, soit réunis, on formera des sujets honnêtes et capables, on acquerra à la société des membres sains, vigoureux, utiles, au lieu de la population souffreteuse de mendiants et de vagabonds que produit trop souvent une classe doublement abandonnée, par leurs parents et par la société.

Dans cette amélioration, tout est progrès, tout est profit, même au point de vue matériel. Il est acquis maintenant, par les magnifiques expériences de M. de Fellenberg, qu'un enfant convenablement disposé au travail couvre toutes ses dépenses, et rembourse les avances qu'il a occasionnées, si on le conserve depuis l'âge de cinq ans jusqu'à celui de vingt et un. Aujourd'hui, la société dépense en pure perte tout ce que ces enfants coûtent pendant leurs premières années.

Ne craignons plus, après avoir organisé l'*adoption* sur des bases larges et intelligentes, ne craignons plus d'ouvrir à nos enfants adoptifs les portes de ces bienfaisants asiles que l'on ne saurait trop multiplier. Ne craignons plus d'être hommes et chrétiens, d'écouter la voix intérieure qui nous inspire charité et commisération pour des infortunes imméritées. Au sommet des autorités respectables qui appuient nos propositions, nous avons vu figurer les deux plus grands noms de la magistrature contemporaine : rappelons, en finissant, que la pensée des deux premiers présidents de la Cour de cassation est d'accord avec la tradition de l'illustre compagnie qui les a vus à sa tête. Lorsque la Cour suprême, dans ses *Observations sur le projet de Code criminel*, s'occupa du crime d'infanticide, elle s'exprima ainsi :

« Ce crime, qui fait frémir la nature, et qui, par suite du re-

Digitized by Google

« lâchement de tous les sentiments et de tous les devoirs, est « devenu si commun, est presque toujours impuni. On dirait « qu'il y a une espèce d'accord des jurés pour acquitter les « filles-mères mises en jugement pour avoir fait périr leurs « enfants.

« Quelle est la cause de cette déplorable indulgence et de « cette pernicieuse impunité?

« La peine de mort est-elle trop sévère? Une modification « est-elle nécessaire dans la loi? La faiblesse d'un sexe pour- « suivi et dominé par l'opinion appelle-t-elle cette modifi- « cation?

« Le tribunal de cassation, en soumettant ces idées au gou- « vernement, en lui présentant les faits trop réels qui les ont « amenées, ne peut qu'y ajouter le vœu qu'il forme, qu'une sage « administration, remontant à la cause du mal, et pour en tarir « la source, *établisse et multiplie des asiles où les filles-mères « trouveront secours et* DISCRÉTION, *et où leurs enfants, adoptés « par la patrie, trouveront et les premiers moyens de subsis- « tance, et ensuite les moyens d'une existence utile.* »

Nous sommes heureux de placer notre écrit sous la protection d'une autorité si élevée, d'un corps que nous devons, à tant d'égards, respecter et honorer. SÉVIN.

D'UNE TENDANCE

DE LA JURISPRUDENCE DANS L'APPLICATION DE LA LOI PÉNALE.

Par M. LAFONTAINE, conseiller à la Cour impériale d'Orléans.

En étudiant l'ensemble des décisions judiciaires de chaque jour, en observant la tendance des esprits, nous croyons apercevoir un danger pour la science du droit, pour cette belle science du juste et de l'injuste, du vrai et du faux suivant la loi des hommes : ce danger, nous croyons utile de le signaler.

La science du droit, telle que la font chaque jour les arrêts, menace de devenir un véritable chaos. Chaque branche des connaissances humaines possède un certain nombre de notions

Digitized by Google

mises hors de controverse, et qui forment le corps de la science. Quiconque veut les remettre en question élève un système, et ses tentatives sont réprouvées comme des hérésies. Dans la science du droit, les novateurs sont des tribunaux, et les hérésies sont des sentences. Le vrai théorique devient indifférent, quand l'autorité du juge a transformé l'erreur en vérité pratique, en point de jurisprudence constant, dont l'intérêt des justiciables les oblige à se préoccuper beaucoup plus que du vrai absolu. Le monument inaltérable que le législateur a prétendu ériger dans sa loi, est donc incessamment battu et miné par les flots de cette mer toujours agitée qu'on appelle la jurisprudence. La jurisprudence, cette Babel judiciaire, est l'élément perturbateur de la législation.

La Cour de cassation avait pour mission de ramener toutes les opinions à la pureté de la règle. Elle a rendu de grands services sans doute : mais combien d'arrêts d'*utilité* n'est-on pas en droit de lui reprocher ! dans combien de circonstances n'a-t-elle pas fait fléchir la loi et la logique devant des considérations d'intérêt général en dehors de son domaine! combien de fois les principes n'ont-ils pas succombé, dans ses arrêts, devant les inconvénients possibles de leur application ! Un abus se découvre par l'expérience, un danger se révèle dans la marche de la société, un désordre naît de la complication toujours nouvelle des faits ; la loi est muette, le législateur n'y a pas pourvu, le juge est désarmé : par des analogies forcées, par des extensions arbitraires, le juge fait dire à la loi ce qu'elle n'a pas dit; pour conjurer le péril social, il comble, par arrêt, les lacunes de la législation, et regarde comme justifié, par le service rendu à l'ordre public, cet empiétement sur le domaine du législateur. Voilà ce qui ne se produit que trop souvent, en matière criminelle surtout. Les rôles sont intervertis, la logique des lois est faussée, il y a désordre dans la sphère d'action des pouvoirs.

Rien de plus respectable, assurément, que le mobile de ces tendances, qu'expliquent les périls de tout genre avec lesquels l'ordre social est aux prises dans nos sociétés vieillies. Ce mobile, c'est l'intérêt général, c'est la défense de l'ordre public. On s'effraye des progrès de la criminalité, de l'absence ou de la faiblesse de la répression, et l'on veut pourvoir au danger. Ce qui est utile, ce qui conserve ou prévient, voilà ce dont on se

Digitized by Google

préoccupe. Sous l'empire de ces impressions, la logique perd ses droits, les notions de doctrine s'altèrent, les principes s'oublient, et Dieu sait dans quel discrédit tout ce qu'on appelle *principes* est tombé aujourd'hui! La jurisprudence n'est plus une science où le juge se reconnaisse maîtrisé par l'enchaînement rigoureux des déductions; il semble qu'il soit superflu de s'inquiéter de la théorie et de rechercher la règle; l'administration de la justice tend à se réduire à une sorte d'empirisme; on recherche, non ce que la loi et la doctrine prescrivent, mais ce que paraît réclamer l'intérêt de la société tel qu'on croit l'apercevoir; on ne juge plus, on administre.

Pour justifier ces réflexions, qui caractérisent moins un état de choses général et actuel qu'une tendance exceptionnelle qu'il importe de combattre chaque fois qu'elle se manifeste, nous choisirons trois exemples parmi beaucoup d'autres, et nous éviterons de les prendre dans les matières de pénalités politiques.

La jurisprudence criminelle en est arrivée à ce degré d'élasticité dans l'interprétation, qu'elle assimile à la *soustraction frauduleuse*, au *vol* proprement dit, la rétention coupable d'un objet trouvé; qu'elle punit comme *voleur* celui qui s'empare d'un objet perdu et qui se l'approprie après en avoir découvert le propriétaire. N'est-ce pas là une altération profonde des notions relatives au larcin, ce plus ancien des désordres qu'ait engendrés l'ordre social et le droit de propriété!

Le mot *vol*, comme presque tous les mots de notre langue, a deux acceptions. L'une, très-étendue, qui appartient au langage du monde, qualifie toutes les atteintes frauduleuses au bien d'autrui, quelles que soient les circonstances et le mode particulier qui les caractérisent. Dans la seconde acception, l'acception restreinte, celle de la loi, le mot *vol* exprime cette action particulière qui, par fraude, — soit à l'aide d'adresse, soit à l'aide de violence, — mais toujours sans le consentement du propriétaire, — fait passer aux mains du voleur un objet mobilier qui était encore en la possession (réelle ou intentionnelle) de ce propriétaire.

Ainsi deux éléments indispensables pour le vol, *la possession actuelle* du propriétaire, et la mutation de cette possession *sans son consentement*. Les autres actions dans lesquelles une violence ou une adresse coupables ne président pas à *ce mo-*

Digitized by Google

ment précis du passage des mains du possesseur en celles du voleur, ou dans lesquelles ce passage, quoique déterminé par des manœuvres frauduleuses, a lieu *avec le consentement* du possesseur, ces actions prennent un autre nom; on les appelle *abus de confiance*, *escroquerie*, etc. Ce qui caractérise donc essentiellement le *vol*, ce qui en fait une action si grave, non pas seulement à raison de l'intention mauvaise, du degré de perversité qui l'inspire, mais surtout à raison des difficultés de s'en garantir et des moyens que le voleur est conduit à employer, c'est *cette origine coupable* de la possession. Toutes les fois que la fraude, la violation du droit d'autrui ne surviennent qu'après, les faits constituent d'autres délits. Ces notions sont puisées dans la définition même de la loi, et justifiées par la comparaison de ses dispositions.

La loi romaine se servait de l'expression *contrectatio fraudulosa*. *Contrectatio* se traduit par *maniement*, *appréhension*, et, suivant nos vieux criminalistes, par le mot *enlèvement*. Pour que l'appréhension soit frauduleuse, il faudra donc que la fraude se rencontre au moment précis de cette appréhension. Plus tard, ce sera l'*usage* frauduleux d'une chose appréhendée innocemment. Mais, d'un autre côté, pour *enlever* une chose à quelqu'un, il faut qu'il la possède, soit en réalité et matériellement, soit intentionnellement, comme les choses confiées à la foi publique, avec des circonstances qui signalent le propriétaire. Or, comment admettre que l'on possède intentionnellement une chose perdue, c'est-à-dire une chose dont on ignore la situation et l'existence? On n'*enlève* point non plus à quelqu'un ce qu'il consent à remettre en vos mains. D'où il suit qu'il n'y a ni appréhension frauduleuse d'un objet trouvé sans maître sur la voie publique, ni enlèvement au propriétaire, qui ne possède plus; de même que si un objet a été remis volontairement à quelqu'un qui l'a détourné au préjudice du propriétaire, il pourra y avoir abus de confiance ou escroquerie, mais non vol proprement dit. Le rapprochement de ces actions diverses, rétention de la chose trouvée, abus de confiance, escroquerie, fait mieux ressortir les deux conditions sans lesquelles il n'y a pas vol : *mutation de la possession*, *absence de consentement du propriétaire*.

L'expression de la loi française rend plus sensible la vérité de ces distinctions et déductions. Cette loi traduit *contrectatio*

Digitized by Google

par *soustraction :* or *soustraire*, suivant le Dictionnaire de l'Académie et les autres lexiques, c'est *ôter une chose à quelqu'un, l'en priver par adresse ou par fraude.* On *n'ôte point* à quelqu'un ce qu'il n'a plus, on *ne le prive* pas de ce qu'il a déjà perdu.

On conçoit que l'action de trouver une chose et de se l'approprier, après en avoir découvert le propriétaire, semble, au point de vue de la morale, aussi coupable, sous quelques rapports, que le vol; qu'il répugne au sens intime de ne pas la voir punie dans une certaine mesure; et c'est ainsi que l'on se justifie l'assimilation au vol. Mais le législateur, dans l'appréciation des actions humaines, ne prend pas exclusivement conseil des inspirations de l'âme sur ce qui est honnête ou ne l'est pas; il tient compte du péril social; et de telles assimilations sont réprouvées par les principes de la jurisprudence française. La jurisprudence romaine, au contraire, après avoir exactement défini le vol, lui assimilait une foule d'actions. Mais il ne faut pas perdre de vue qu'à Rome le vol ne donnait lieu qu'à des condamnations pécuniaires, et n'ouvrait le plus ordinairement qu'une action privée. Du Rousseau de la Combe, plus judicieux en cela que Jousse et quelques autres criminalistes, écrivait à ce sujet : « En France, nous n'admettons pas d'autre larcin que celui qui se fait de la chose même pour se l'approprier : dans les autres cas ci-dessus du dépôt, du gage et du prêt à usage, l'on ne doit se pourvoir que par la voie civile pour dommages-intérêts. » (*Traité des matières criminelles*, Ire partie, chap. 2, n° 7.) A plus forte raison eût-il appliqué la même doctrine à la rétention de la chose trouvée.

Le législateur de 1810 a jugé à propos de punir quelques-uns des faits signalés par Du Rousseau de la Combe, mais non par assimilation. Une disposition formelle, l'article 408, spécifie les cas, et la peine est *moins grave* que celles édictées par l'article 406, spécial pour le vol. Si l'on voulait punir la rétention frauduleuse de la chose trouvée, c'était bien là évidemment que devait intervenir la disposition, et non au titre des larcins.

S'il est incontestable, s'il est élémentaire que, pour qu'il y ait vol, il faut que l'objet passe d'une main dans une autre sans le consentement du propriétaire, ne faut-il pas reconnaître que recueillir un objet perdu sur la voie publique, c'est rendre service au propriétaire, loin que ce soit commettre un vol à son

Digitized by Google

préjudice? Il consentirait à cette mainmise, il la provoquerait s'il pouvait, instantanément et de loin, faire connaître sa volonté. Ce serait sous la condition, sans aucun doute, que l'objet lui serait ensuite rendu; et quand, plus tard, celui qui a ramassé l'objet, qui l'a sauvé de la destruction, en dispose, il viole le droit de propriété du maître de l'objet perdu. Mais, qu'on le remarque bien, c'est au moment de cette disposition, et non au moment de l'appréhension, que la violation du droit d'autrui existe. Il y a donc dans la rétention de la chose trouvée cette similitude avec les faits de l'article 408, et cette différence avec ceux de l'article 406, que la possession n'a point *une origine coupable.* Dès lors, comment concevoir, comment admettre la peine du vol, appliquée cependant par la jurisprudence? Le bon sens et l'équité ne se révoltent-ils pas à cette idée que celui qui a dérobé des billets dans la poche du propriétaire et celui qui a trouvé les billets sur le grand chemin, seront punis d'une peine égale? Supposez toutes les autres circonstances de l'action identiques, et, d'après la loi telle qu'on l'interprète, la peine pourra être la même. Le juge pourra la différencier, mais il pourra aussi appliquer le même châtiment *sans violer la loi.*

Cependant, qui pourra contester l'énorme différence par laquelle se distingue la gravité des deux actes, et sous le rapport de la perversité d'abord, et en outre sous le rapport de la difficulté de s'en garantir? Le propriétaire dépouillé par adresse ou par violence n'a rien à se reprocher; presque toujours le propriétaire de l'objet perdu sera coupable de négligence, d'incurie, d'imprévoyance ou de maladresse. Or c'est surtout sur le péril social que se mesure la protection de la loi en faveur de la propriété, et sa sévérité contre les actes qui la menacent.

Pour que l'action présente cet élément indispensable du vol, l'appréhension *frauduleuse,* la Cour de cassation exige que les circonstances postérieures révèlent une intention de s'approprier l'objet remontant au moment même de l'appréhension, et se confondant avec cet acte. Qui ne sent tout ce qu'il y a de faux, de vide et d'inapplicable dans cette théorie? Comment surprendre et constater jamais avec certitude l'intention contemporaine du moment précis de la main mise? Est-ce qu'à ce moment même où il se baisse et étend la main pour relever l'objet qui vient de frapper son regard, l'agent a déjà un

Digitized by Google

parti pris avec lui-même? est-ce que, le plus ordinairement, ce n'est pas après des hésitations et des combats qu'il manque à la délicatesse en disposant de l'objet, ou en dissimulant sa possession par un mensonge? Maintenant, si l'on s'éloigne de cet instant précis et rapide, de ce moment unique de l'appréhension, quelle sera la mesure du temps écoulé après lequel il sera permis d'affirmer que l'intention coupable remonte à l'acte matériel de la mainmise, et de l'identifier avec cet acte?

Que l'on suppose même le cas à peu près impossible où le coupable se sera mis à la recherche de l'objet perdu, dont il connaît le propriétaire, après avoir nettement déclaré l'intention de se l'approprier. L'acte manquera encore d'une condition : l'*enlèvement*, la *soustraction*; il y aura le *consilium fraudis*, mais non l'acte matériel qui fait passer la chose des mains et de la possession du propriétaire dans les mains et la possession de l'agent, qui surprend, qui viole cette possession actuelle du maître. Ce ne sera point le larcin proprement dit, ce sera une action immorale *sui generis*, que le législateur pouvait prévoir, qu'il n'a pas prévue, et que nul ne peut punir à son défaut.

Il est si vrai que la qualification de vol ne peut convenir qu'à l'enlèvement frauduleux, qu'en transformant la rétention de l'objet trouvé en soustraction, on est conduit logiquement et forcément aux plus monstrueuses conséquences. Certaines circonstances, en effet, ajoutent à la gravité du vol proprement dit, soit par le caractère plus frappant de perversité et d'audace qu'elles supposent de la part du voleur, soit par la difficulté plus grande de s'en garantir, soit par le danger qu'elles font courir au volé : ce sont la nuit, le grand chemin, le nombre des malfaiteurs, les armes dont ils sont porteurs. Un objet peut être trouvé sur un grand chemin, la nuit, par plusieurs personnes. Il sera bien évident que ces circonstances n'ajouteront rien à la gravité du fait, pas plus qu'elles n'influeraient pour l'abus de confiance et l'escroquerie. Si cependant le juge fait ce syllogisme : L'acte commis est un vol; ce vol a été commis la nuit, etc.; donc il y a lieu de prononcer les peines édictées par la loi pour ce concours de circonstances : qui aura droit de dire que ce juge a violé la logique ou la loi? Si le juge écarte les circonstances aggravantes comme sans influence sur la criminalité de l'acte, la rétention de la chose trouvée sera donc un délit à part, soumis à des règles différentes du vol; ce délit

Digitized by Google

ne sera donc pas le vol. Or où est la loi qui prévoit cette action, qui la définit et la punit?

Un autre fait offre un exemple peut-être plus frappant encore, quoique les conséquences en soient moins graves, d'une loi pénale étendue ou plutôt suppléée à l'aide d'analogie.

La loi du 13 janvier 1791, dans son article 3, disposait que les ouvrages des auteurs vivants ne pourraient être représentés sur aucun *théâtre public*, sans le consentement formel et par écrit des auteurs, sous peine de confiscation du produit total des *représentations*.

L'article 428 du Code pénal a reproduit cette disposition en ces termes : « Tout directeur, tout entrepreneur de *spectacle*, toute association d'artistes qui aura fait *représenter sur son théâtre* des *ouvrages dramatiques*, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs, sera puni d'une amende de 50 fr. au moins, de 500 fr. au plus, et de la confiscation des *recettes*. »

Ces dispositions peuvent-elles être appliquées aux concerts payants ou non, en général, et particulièrement à ces établissements qu'on appelle aujourd'hui des *cafés-concerts* ou des *cafés-chantants?* Oui, répond l'interprétation si facile de la Cour de cassation et de quelques Cours. Pourtant, la négative se fonde encore sur les premières, les plus élémentaires et les plus incontestables notions du droit pénal.

Les lois criminelles doivent être appliquées judaïquement, sans autre interprétation que celles dictées par l'usage des règles du langage. Impossible d'aller, en s'autorisant de leur esprit, de leur but, de leurs motifs, au delà de la signification littérale de leur texte; point de règle plus universellement confessée et plus aisément perdue de vue.

Autre règle d'application non moins évidente : le langage du législateur doit être celui d'un bon père de famille, exempt d'équivoque et d'incertitude; il doit se servir des expressions qu'il emploie, dans le sens habituel et le plus général que l'usage leur donne, sans changer leur signification ni aller au delà.

Sous l'influence de ces axiomes, une seule observation semblait suffire pour trancher la question. A-t-on jamais confondu, dans le langage ordinaire, les *théâtres* et les *salles de musique*,

Digitized by Google

les *concerts* et les *représentations théâtrales*, les *directeurs de spectacles* et les *organisateurs de concerts*, les *ouvrages dramatiques* et les *chansonnettes?* Et comment a-t-on pu se prévaloir de la pensée de la loi pour en faire l'application aux *cafés-concerts*, dont l'industrie toute récente n'existait point à l'époque de sa promulgation?

Qu'a-t-on dit pour justifier cette incroyable extension de la loi? Que les inconvénients sont identiques, et que le préjudice causé par les concerts aux auteurs est le même que celui causé par les représentations théâtrales. Mais raisonner ainsi, qu'est-ce autre chose que punir à l'aide d'analogie, d'identité de motifs et de but, d'argumentation, d'induction et d'extension, toutes choses qui sont des énormités dans l'application des lois pénales, énormités que nul n'admet en théorie et dont, on le voit, on se soucie si peu dans la pratique.

Cette tendance à l'exagération de la répression dans la solution des questions de droit pénal, plutôt, peut-être, que dans l'application même des peines, se manifeste encore dans la jurisprudence qui semble s'établir relativement à la question de récidive en matière de rupture de ban.

Le condamné à la surveillance qui a rompu deux fois son ban, et qui, la première fois, a été condamné à un emprisonnement *de plus d'une année*, doit-il être, la seconde fois, nécessairement puni comme étant *en état de récidive?*

Non, a dit d'abord la Cour de cassation, ainsi que d'autres Cours après elle. La rupture de ban est une infraction *sui generis;* c'est une *contravention* plutôt qu'un délit. Le législateur ne l'a rangée dans aucune des grandes classifications des faits punissables, des attentats contre la chose publique, les personnes et les propriétés.

Plus tard, la Cour de cassation est revenue sur cette appréciation, et les Cours la suivent encore dans cette voie nouvelle.

La condamnation pour infraction de ban, suivant la dernière jurisprudence de la Cour suprême, ne saurait, il est vrai, se combiner avec la condamnation qui a placé le condamné en état de surveillance, pour produire l'état de récidive : mais il n'en est plus ainsi quand la condamnation pour l'infraction de ban est suivie d'une seconde infraction de même nature. Dans

Digitized by Google

la première hypothèse, l'infraction supposant par elle-même, exigeant une première condamnation, cette circonstance ne peut entrer dans la mesure de la peine, tandis que, dans la seconde, cette considération disparaît.

En raisonnant ainsi, la Cour de cassation est-elle restée fidèle à la logique et conséquente avec elle-même? ou ne perd-elle pas de vue la nature des choses et le caractère véritable du fait de rupture de ban, tel qu'elle l'avait d'abord elle-même reconnu, défini et proclamé?

Le Code, par l'article 45 abrogé, qualifiait simplement ce fait de *désobéissance*, et laissait *au gouvernement* la faculté de détenir le condamné pendant un temps dont il ne fixait point le *minimum*, ce qui laissait toute latitude pour proportionner la mesure de l'indulgence à tout ce que les circonstances pouvaient présenter d'atténuant. On ne considérait donc pas le fait comme punissable judiciairement, mais comme un désordre susceptible d'une répression administrative, comme une infraction au régime disciplinaire des surveillés, de nature à être punie disciplinairement aussi. Y voir, y reconnaître *un délit*, et l'enlever à la juridiction des tribunaux, de laquelle seule doivent relever tous les délits de droit commun, pour en déférer l'instruction et la répression au gouvernement, à la police, c'eût été la violation de tous les principes essentiels de notre ordre judiciaire, c'eût été une monstruosité. Mais, quel que fût le caractère du fait donnant lieu à cette mesure répressive, on n'a pu méconnaître qu'il y avait privation de liberté pour ceux qui y étaient soumis, par conséquent une véritable peine, souvent très-grave, subie sans jugement, sans que les surveillés pussent se défendre, sans aucune garantie quelconque contre l'arbitraire de la police. On a voulu régulariser les choses et rétablir les principes à l'égard d'une classe d'individus qui, après tout, n'était point hors la loi. Mais a-t-on entendu changer, par cela même, la nature du fait, et admettre qu'à raison de la peine applicable et de la juridiction à laquelle il était déféré, il devrait désormais être considéré comme *un délit?* Si la Cour de cassation s'était imposé pour règle de conduite d'accepter toujours la définition de l'article 1er du Code pénal, et de voir *un délit* dans tous les faits atteints de peines correctionnelles, il faudrait reconnaître qu'elle est au moins logique; mais en mainte circonstance, écartant la question

Digitized by Google

d'intention et de bonne foi qu'aurait impliquée le caractère de *délit* imprimé à un fait, elle n'a vu et reconnu que des *contraventions* dans des faits prévus par le Code pénal, déférés à la juridiction correctionnelle et punis correctionnellement. Et précisément, pour ce fait même de *rupture de ban*, bien que cette argumentation : — *Ce fait est un délit, tout délit commis après un premier délit puni de plus d'une année d'emprisonnement, constitue l'état de récidive,* — paraisse invincible, elle n'en descend pas moins dans l'examen et l'appréciation intime de la nature du fait. Elle arrive ainsi à décider, par appréciation de l'intention du législateur, déduite du caractère spécial de ce fait, qu'il n'a pas voulu que la première rupture de ban constituât par elle-même le surveillé en état de récidive. Cette intention, elle la déduit sans doute de cette observation, que, bien que l'infraction de ban suppose nécessairement l'existence d'une première condamnation, celle à laquelle avait été ajoutée la surveillance, le législateur n'a cependant fixé qu'*un maximum,* et a permis ainsi au juge une modération de la peine, modération incompatible avec l'état de récidive. Faire ce raisonnement, qu'est-ce autre chose que scruter et interroger la nature particulière du fait? Si cela est permis pour la première infraction de ban, pourquoi cela ne sera-t-il plus possible pour la seconde? Si le fait se produisant pour la première fois présente une spécialité anormale, est-ce que cette nature change quand le même fait se produit pour la seconde fois? Qu'y a-t-il au fond de la décision de la Cour de cassation? c'est que la première rupture de ban ne présente point le degré de perversité que suppose un second délit se produisant après un premier délit puni de plus d'une année d'emprisonnement, ce qui constitue toujours l'état de récidive; en d'autres termes, que ce fait n'est pas un véritable *délit*. Eh bien! pourquoi le même fait se reproduisant sera-t-il plutôt *délit*? La seconde infraction de ban révèlera-t-elle nécessairement plus de perversité que la première? Mais il peut arriver tout le contraire, et les circonstances rendent fréquemment les autres désobéissances plus excusables que celle qui les a précédées. C'est ce que démontre bien l'observation des faits, l'inapplication jusqu'ici des peines de la récidive, et la pratique des tribunaux, qui, tous les jours, prononcent quinze jours d'emprisonnement pour une troisième ou sixième rupture de ban, quand les pre-

Digitized by Google

mières ont été réprimées par des condamnations de trois mois et de six mois.

Dira-t-on que ce n'est pas à raison de la nature du fait, considérée comme exclusive du caractère de délit, que la Cour de cassation n'admet pas l'état de récidive après la première rupture de ban, mais uniquement parce qu'il résulte de l'absence d'un *minimum* dans l'article 45, que le législateur, quel qu'ait été son motif, n'a pas voulu punir des peines de la récidive cette première infraction? Mais cette explication laissera encore la volonté du législateur obscure et problématique. En effet, la surveillance peut être attachée à une condamnation à l'emprisonnement pour *moins d'une année*, auquel cas cette condamnation ne peut devenir un élément pour la récidive. Qui donc empêcherait de supposer que si la loi, dans le système de la Cour suprême, n'a pas rendu nécessaire pour tous les cas la pénalité qu'exige la récidive, c'est uniquement parce qu'elle ne pouvait étendre cette pénalité aux infractions de bans se produisant après une condamnation principale à moins d'une année?

Il faut donc, pour échapper à cet argument inexorable : — *Tout* DÉLIT *commis après un premier délit puni de plus d'une année d'emprisonnement, constitue l'état de récidive. Or, la première infraction de ban est un* DÉLIT ; *elle se produit après un premier délit puni de plus d'une année; donc, cette infraction constitue la récidive :* — Il faut, disons-nous, se fonder sur la nature spéciale du fait et admettre qu'il serait trop sévère de punir nécessairement de cinq ans d'emprisonnement une première rupture de ban, alors même qu'elle se produit après une condamnation à plus d'un an d'emprisonnement. Mais alors il faut reconnaître aussitôt que cette sévérité peut être, à raison des circonstances, aussi hors de propos et plus choquante même pour la seconde ou sixième que pour la première infraction. Pourquoi? C'est que dans la réalité et la vérité des choses, passer d'une commune dans une autre sans permission, est un fait matériel qui par lui-même n'a rien de contraire aux lois naturelles et morales, qui peut se justifier exceptionnellement par des motifs louables, tels, par exemple, que le désir de porter des secours en cas d'inondation ou d'incendie, d'aller embrasser une mère mourante. C'est un fait, évidemment, de même nature que l'évasion d'un détenu. Or

Digitized by Google

la Cour suprême, qui ne paraît pas être revenue sur ce point de sa jurisprudence, se refuse à voir dans cette dernière infraction l'élément de l'état de récidive. La rupture de ban n'est donc qu'une infraction créée par les lois civiles, qu'une infraction du droit arbitraire, en un mot, un fait de la nature des simples *contraventions*, qui sont des désobéissances à la loi des hommes, sans aucune infraction directe à la loi naturelle et morale. Dès lors, punir de peines aussi excessives des faits de cette nature, c'est faire une législation draconnienne que le magistrat ne peut accepter et faire exécuter qu'autant que la logique, le bon sens et l'équité ne lui ordonnent pas de faire autrement, qu'autant que le texte trop clair et trop précis n'admet pas le raisonnement et l'interprétation. Or la Cour de cassation ne prétend point qu'il en soit ainsi dans la circonstance, puisqu'elle-même distingue, et argumente et interprète.

Nous nous arrêtons ici; mais les jurisconsultes pratiques se remettront aisément en mémoire beaucoup d'autres solutions, auxquelles nos réflexions sur l'extension abusive de la loi seraient applicables.

Deux systèmes d'application des lois pénales sont en présence; l'un, qui, fidèle à l'esprit de la jurisprudence anglaise, applique littéralement, judaïquement la loi; qui n'admet pas son extension par identité de motif, par assimilation; l'autre, qui prétend remédier à l'imperfection des lois, combler les lacunes de la législation, faire de l'administration par les arrêts, qui, en un mot, se met en révolte avec le principe qui défend au magistrat de s'ériger en législateur. Ce dernier système a des conséquences déplorables. Il importe, sans doute, qu'une action immorale soit punie; mais il importe bien plus que les maximes sur lesquelles repose la sécurité de tous ne soient pas ébranlées, que la société ne soit pas exposée à l'arbitraire. En des temps de troubles, en matières politiques, quels cruels abus possibles de ce système d'interprétation si large! En tout temps, le tort de cette doctrine, c'est de jeter la confusion dans les esprits, d'être subversive de toutes les idées reçues, de corrompre le langage et d'altérer la signification des mots, de décourager l'étude des principes et de ruiner la science du droit, d'enseigner à l'intérêt privé, à la cupidité, à dénaturer les lois les plus claires et les plus positives. Comment le plaideur respecterait-il la loi, s'abstiendrait-il d'en torturer les

Digitized by Google

expressions? Comment la défense ne se laisserait-elle pas entraîner à essayer de faire prévaloir les thèses les plus hasardées, quand, par d'excellents mobiles, sans doute, mais au mépris des plus respectables traditions, la jurisprudence donne quelquefois l'exemple de cette interprétation élastique et arbitraire des textes? Tandis qu'on se préoccupe d'un avantage positif et immédiat, on méconnaît ainsi, par une vue un peu courte, ce danger moral, éloigné, mais bien autrement grave et désastreux dans ses conséquences, d'altérer ce respect pour la règle, de ruiner ce culte de la loi, qui forme, après tout, la base la plus solide des sociétés. On s'éloigne de plus en plus de cet esprit et de ces mœurs publiques d'un peuple voisin chez qui, à tous les degrés de la hiérarchie sociale, la loi est si bien comprise, respectée, obéie, du moins dans la mesure permise à l'humanité. Et pourtant cette vertu sociale, cette qualité civique de ce peuple lui a procuré jusqu'ici la plus grande somme de liberté, d'ordre et de dignité nationale. LAFONTAINE.

BIBLIOGRAPHIE.

EXPLICATION SOMMAIRE

DU LIVRE Ier DU CODE NAPOLÉON ET DES LOIS ACCESSOIRES

Par M. VALETTE, professeur à la Faculté de droit. — Paris, Marescq aîné, 1859.

Compte rendu par M. BERGSON, docteur en droit.

M. Valette a inauguré en quelque sorte la nouvelle école des interprètes du Code civil, les Marcadé, Demolombe, Pont, les traducteurs de Zachariæ, qui sont venus à la suite des vétérans du Code Napoléon, les Toullier, Delvincourt, Duranton. Le livre de Proudhon sur l'*état des personnes* est devenu entre ses mains un nouvel ouvrage, double en volume, et enrichi de tout ce que la doctrine et la jurisprudence ont fourni en solutions nouvelles. Peut-être eût-il mieux valu, dans l'intérêt de la science, qu'il se fût employé à la composition d'une œuvre originale, plutôt que de s'astreindre à une pensée qui n'était

Digitized by Google

pas la sienne, la suivant pas à pas pour en rappeler l'insuffisance et en corriger les erreurs. En effet, le professeur de Code Napoléon aime de préférence s'attacher à un texte donné, à en creuser le sens, faisant jaillir des obscurités du texte la lumière de ses formules générales, déduites avec une rigueur et une précision logiques qui lui ont donné une supériorité si incontestée dans l'école. En publiant une nouvelle édition du traité de Proudhon, M. Valette a en outre accompli un devoir de piété envers l'un des premiers commentateurs du Code [1].

Dans son nouvel ouvrage, M. Valette a voulu faire une espèce de *troisième volume* de l'édition de Proudhon, mais pouvant, en même temps, servir d'exposé succinct et à peu près complet des matières traitées dans le livre Ier du Code Napoléon, Tout en rectifiant et complétant ainsi l'édition de 1843, il a renoncé ainsi cette fois au système de notes morcelées et sans liaison entre elles, pour nous donner une œuvre synthétique et systématique. Son *exposé* est sommaire et abrégé ; il ne fait le plus souvent qu'esquisser les matières traitées en détail dans l'ancien ouvrage; mais lorsque chemin faisant il recherche un point qu'il n'avait pas encore traité séparément, ou qui ne lui paraît pas avoir été suffisamment étudié, ou qui exige certaines restrictions, il s'arrête, il expose sa doctrine, il la développe et l'éclaire par de nouveaux motifs, il y apporte les arrangements et les corrections dont ses études lui ont démontré la nécessité. Les deux ouvrages de 1843 et de 1859 se relient et se complètent ainsi entre eux, tout en dispensant le lecteur du plus récent d'avoir constamment sous les yeux le précédent, lequel se trouve ainsi refait et complété.

On trouvera difficilement une question qui ait préoccupé en ces dernières années les méditations du jurisconsulte et du magistrat et qui n'ait pas reçu, dans le nouvel ouvrage, une solution sinon définitive, du moins ingénieuse et approfondie. Pour pouvoir résumer en 420 pages une matière aussi vaste que celle qui est contenue dans le livre Ier du Code civil, il fallait sans doute toute la concision et la netteté d'esprit auxquelles nous a habitués le commentateur de Proudhon. Tout en restant

[1] V. le rapport de M. Berriat Saint-Prix à l'Académie des sciences morales et politiques, dans la *Revue de droit français et étranger*, t. XI, 1844, page 46, ainsi que le compte rendu de M. Paul Pont, dans la *Revue de législation*, t. XIX, 1844, p. 673.

Digitized by Google

fidèle à l'ordre de division des titres du Code, il expose sous chacun de ces titres, par ordre numérique, les règles qui y sont contenues, en les présentant d'après l'arrangement qui lui paraît le meilleur pour les faire bien saisir, et sans s'éloigner sensiblement de la classification du Code.

Quelques exemples suffiront pour nous faire saisir la méthode du savant auteur, méthode dont une des qualités les plus saillantes, on le sait, consiste précisément dans l'art de résumer les principes généraux dans des formules frappant l'esprit par leur énergique concision.

La question de savoir si l'enfant d'une femme française, ayant épousé un étranger, peut invoquer le bénéfice de l'article 10, divise depuis longtemps nos jurisconsultes. M. Demolombe (t. I n° 167) résout cette question affirmativement, par le motif que le mot *français* comprend à la fois et le mari et la femme. M. Valette n'adopte pas cette opinion, et voici comment il formule l'opinion opposée. Selon lui, la règle contenue dans la seconde partie de l'article 10 doit s'appliquer à l'enfant de la femme qui a été Française, toutes les fois que cet enfant *a dû suivre la condition de sa mère*. Le motif, en effet, est celui qui a fait décréter l'article 10, à savoir que l'enfant ne doit pas souffrir de la faute du parent dont il suit l'état ; il est restitué dans ce cas contre le préjudice qu'il éprouve. Si, au contraire, la mère française a été mariée avec le père étranger, il en sera autrement : peu importe que la mère ait ou non conservé la qualité de Française ; l'enfant, en ce cas, n'en devra pas moins suivre la condition du père étranger. C'est l'application du principe que, dans le mariage, l'enfant suit toujours la condition du père. Supposons le cas où l'enfant naturel d'une femme qui a cessé d'être Française, ait été reconnu par elle sans l'avoir été par le père : la solution sera encore différente. Il doit être restitué, car il a été privé de la qualité de Français par le fait de sa mère, c'est-à-dire par sa *dénaturalisation* : il restera étranger s'il a été reconnu par son père étranger ; il suivra la condition du père, alors même que la mère aura recouvré la qualité de Française.

Passons à un autre exemple. Les biens de la mère remariée que l'article 395 déclare déchue du droit de la tutelle, restent-ils frappés de l'hypothèque légale pour sa gestion postérieure au mariage?

Digitized by Google

Les auteurs généralement donnent à cette question une solution affirmative en disant que la mère, quoique ayant perdu la tutelle *en droit*, la conserve *en fait*[1]. Telle a été aussi l'explication de M. Valette dans son édition de Proudhon (t. II p. 289). Dans le récent ouvrage, il abandonne cette solution; et voici comment il formule sa nouvelle doctrine. La mère continue à être tenue pour l'avenir, sous la garantie hypothécaire qui remonte à la date de l'entrée en gestion : car son devoir, comme tutrice, était de faire convoquer le conseil de famille avant l'acte de mariage (art. 395); et dès lors elle est tenue hypothécairement, et à la date de l'entrée en gestion, de tous les dommages que le mineur éprouve par suite de l'inaccomplissement de cette formalité. En d'autres termes, le fait qui a produit le dommage résultant de l'indue gestion est en réalité un *fait de tutelle :* donc les conséquences de ce fait sont garanties par l'hypothèque légale. Le nouveau mari sera-t-il responsable des fautes de gestion commises par la femme avant le mariage? L'article 395 ne rend le second mari responsable que des suites de la *tutelle indue,* c'est-à-dire de la tutelle *de fait* postérieure au mariage.

On sait qu'au titre *de la paternité et de la filiation,* la manière de computer le délai de la plus longue et de la plus courte grossesse (le *dies à quo* et le *dies ad quem*) est toujours très-controversée. L'auteur propose une solution nouvelle de cette question. En rejetant son interprétation précédente de l'article 312 (V. Proudhon, t. II, p. 28, note *a*) comme « trop pénible et trop forcée pour être vraie, » il propose cette autre, suivant laquelle il faut entendre les articles 312 et suiv. comme conférant au juge le pouvoir de rechercher s'il y a eu trois cents ou cent-quatre-vingts jours entiers écoulés, en les comptant non pas de minuit à minuit, mais d'*heure à heure*, et cela depuis le mariage (art. 314)— ou sa dissolution (art. 315) — ou l'impossibilité physique de cohabitation — ou enfin la cessation de cette impossibilité (V. p. 158 et suiv.).

Dans l'édition de Proudhon, le savant professeur avait étayé de nouveaux arguments l'opinion de cet auteur sur la validité de l'*adoption des enfants naturels.* La Cour de cassation, par deux arrêts de rejet rendus le même jour (1er avril 1846), a

[1] Marcadé, art. 396; M. Demolombe, t. I, n° 124; M. Demante, t. II, p. 217.

Digitized by Google

donné raison à cette doctrine enseignée par l'auteur du *Traité des personnes*, il y a cinquante ans. M. Valette présente aujourd'hui de nouveaux argumens à l'appui de son ancienne opinion, suivant laquelle l'adoption d'un enfant naturel reconnu doit être regardée comme valable. Il persiste également à admettre la validité de l'adoption faite par un prêtre catholique.

J'indiquerai encore l'interprétation de l'article 197 et de ces mots : « Toutes les fois que cette légitimité est prouvée par « une possession d'état, etc., etc. » (p. 178 et 179). Je citerai enfin, à l'occasion d'un récent arrêt rendu par la Cour impériale de Paris, sur la demande en nullité d'un mariage contracté par erreur avec un forçat libéré (4 février 1860), ce passage : « Il résulte de la discussion au Conseil d'État que l'article a surtout en vue la *personne civile*, c'est-à-dire considérée au point de vue des qualités civiles qui *constituent son état*, sauf aux tribunaux à apprécier la gravité de l'erreur alléguée et de l'influence qu'elle a pu avoir sur le consentement » (p. 106) [1].

Dans les *additions et corrections* qui, avec la loi du 30 juin 1838 *sur les aliénés* et la jurisprudence relative à l'application de cette loi, forment une sorte d'appendice à l'*Explication sommaire*, l'auteur aborde de nouveau l'examen des principes fondamentaux qui régissent la condition civile des étrangers en France. Nous aimons à y retrouver l'esprit large et libéral de celui qui, l'un des premiers en France, s'est élevé contre la jurisprudence surannée et étroite, tendant à priver les étrangers de l'admission à la jouissance des droits les plus précieux en matière civile. Qu'il me soit permis, à cette occasion, de rendre à l'éminent professeur un hommage public au nom de tous ceux (et leur nombre, on le sait, est bien considérable) qui viennent s'établir sur le sol généreux de la France!

M. Valette, dans ces *Additions*, maintient et justifie l'opinion déjà par lui exposée antérieurement, que les droits civils, dans le sens strict du mot (*sensu stricto*), c'est-à-dire ceux dont le bénéfice est en principe refusé aux étrangers par le Code Napoléon, sont indiqués *limitativement* par les dispositions du Code. De là il résulte qu'on doit reconnaître aux étrangers tous les droits privés ou non politiques (droits civils *sensu lato*), qui ne

[1] V., sur ces points, l'excellent article de M. Thiry, professeur à l'Université de Liége, dans la *Belgique judiciaire* du 27 nov. 1859, p. 1547.

Digitized by Google

leur ont pas été enlevés par quelque texte de loi [1]. Cette explication, selon lui, écarte, dans une matière aussi importante, le vague et l'arbitraire des systèmes, notamment de celui qui distingue entre les facultés ou avantages que l'on regarde généralement comme découlant *du droit naturel* ou comme faisant partie du *jus gentium*, et les facultés ou avantages dont l'établissement est plus spécialement l'œuvre de tel ou tel *droit national*. Les premiers, d'après ce système, seraient communiqués aux étrangers, les seconds constitueraient ce qu'on appelle, *sensu stricto*, les *droits civils*, droits auxquels l'étranger ne pourrait prétendre que dans les cas prévus, et sous les conditions indiquées par les articles 11 et 13 du Code. Peu favorable aux considérations tirées de ce qu'on est convenu d'appeler *droit naturel* dans l'interprétation des lois civiles, peu favorable à la distinction surannée entre le *jus gentium* et le *jus civile*, l'auteur combat avec énergie cette doctrine, pleine de vague et d'incertitudes, comme une cause permanente d'embarras pour les jurisconsultes et les tribunaux. « Les difficultés du droit positif et de l'interprétation des textes, dit-il avec une haute raison, sont déjà bien grandes : que sera-ce s'il faut, *pour l'application des lois françaises*, reconnaître ce qui découle du « droit naturel ou du droit des gens, ce qui est admis par la « législation écrite ou non écrite de tous les peuples policés? « Est-ce que l'esprit de nos institutions modernes a pu être de « rejeter sur toutes les juridictions grandes et petites une tâche « de cette nature? Dira-t-on que là-dessus la doctrine est toute « faite, préparée de longue main et constatée par la tradition « des auteurs et de la jurisprudence? Nous avons fait voir que « la tradition ne peut ici nous guider, même sur les questions « les plus importantes.... Et enfin, si l'on prétend régler le droit « civil par les doctrines anciennes, les opinions des auteurs, « les arrêts du parlement, pourquoi avoir proclamé si haut la « séparation des pouvoirs législatifs et judiciaire, la nécessité « des lois écrites, les bienfaits de la codification? N'est-ce pas

[1] Telle est aussi la disposition formelle du Code civil néerlandais. Il distingue entre les droits civils et les droits civiques ou politiques (*burgerlyke, burgerschaps-regten*), et accorde aux étrangers la pleine jouissance des droits civils (*Dispositions générales*, art. 9; livre Ier, art. 1 et 2a; V. Constitution néerland. de 1848, et Asser, le *Code civil néerl. comparé du Code Nap.*, La Haye, 1838, p. 19).

Digitized by Google

« se remettre à adorer ce qu'on avait brûlé? On ne peut servir « à la fois deux maîtres etc. » (P. 408-416). Nous recommandons cette petite dissertation comme un modèle d'argumentation serrée et concluante.

En effet, il eût été à désirer que les rédacteurs du Code Napoléon eussent réglé, d'une manière explicite, la condition civile des étrangers conformément aux besoins de notre époque, ou du moins que la jurisprudence du Code eût renoncé, dès le début, à suivre l'ornière des traditions vieillies, et très-contestables même pour l'époque antérieure à la promulgation du Code. Elle n'a pas tenu suffisamment compte de besoins légitimes, fruit de la civilisation du XIXe siècle, et nous a placés dans un état d'infériorité incontestable vis-à-vis des autres nations de l'Europe. N'a-t-on pas vu invoquer devant les tribunaux les dispositions de l'ordonnance du 15 janvier 1629? Les tribunaux ne se sont-ils pas, jusqu'à une époque fort récente, déclarés incompétents pour statuer sur les contestations nées entre deux étrangers, qui n'avaient pas obtenu l'autorisation d'établir leur domicile en France? Tandis qu'en Angleterre, aux États-Unis, dans tous les États d'Allemagne, dans les Pays-Bas, en Russie, il est de principe que tous les étrangers, sans distinction, peuvent citer en justice et porter librement leurs contestations devant les tribunaux du pays, n'a-t-on pas vu refuser aux jugements rendus à l'étranger l'autorité, la chose jugée et, par suite, l'exécution sur les biens et la personne du débiteur établi en France? Les parties qui avaient épuisé en pays étranger tous les degrés de juridiction, furent obligés de soumettre à nouveau l'examen de leurs contestations aux tribunaux français. On comprend, d'après le principe de la *souveraineté territoriale*, que le bénéficiaire d'un jugement rendu à l'étranger, ait besoin, pour le rendre exécutoire en France, d'un ordre émanant d'une juridiction française. Mais doit-il être permis aux tribunaux français de rentrer dans l'examen du fond comme si l'ancienne décision n'avait pas encore été rendue[1]? N'est-ce pas là porter atteinte à l'autorité de la chose jugée et au respect mutuel des nations? N'est-ce pas provoquer et justifier par là ces *mesures de rétorsion*, qu'une réaction légitime

[1] V. l'article de M. Valette, intitulé : *De l'hypothèque et de l'exécution forcée qui peuvent résulter en France des jugements étrangers*, dans la *Revue de droit français et étranger*, t. IV, 1849, p. 599.

Digitized by Google

contre la jurisprudence française a fait adopter dans tous les pays limitrophes de la France [1]?

Grâce à l'initiative prise par des esprits généreux, tels que les Fœlix, les Valette et d'autres encore, on a commencé en France à revenir vers des idées plus en rapport avec les idées de notre époque. La Cour de cassation, à son tour, a compris ce qu'il y avait de peu normal dans une jurisprudence surannée qui constituait un véritable déni de justice envers des milliers d'individus établis depuis bien des années sur le sol hospitalier de la France. Le moment ne paraît plus éloigné aujourd'hui où les étrangers pourront porter librement leurs contestations devant les tribunaux civils, où ceux-ci consentiront à accorder aux jugements rendus à l'étranger l'autorité et la chose jugée. Espérons que l'acte récent qui annonce la prochaine entrée de la France dans la voie de la liberté des échanges, deviendra le signal de l'abolition des derniers vestiges d'une jurisprudence qui semblait avoir inscrit sur son drapeau, dans des termes sans doute plus modérés, l'énergique devise de la loi romaine : *Adversus hostem æterna auctoritas esto!*

Avant de terminer cette analyse rapide de l'excellent volume que M. Valette vient de publier, qu'il me soit permis de me faire l'organe d'un vœu qui, je le crois, n'est pas tout à fait isolé. Il y a bientôt quatorze ans que M. Valette a publié la 1re livraison de son *Traité des priviléges et des hypothèques*, dont il nous doit toujours la continuation, sans l'avoir reprise jusqu'à ce jour. Nul peut-être, au point de vue théorique, n'a mieux approfondi cette partie du Code si hérissée de difficultés, que le savant rapporteur chargé par la Faculté de droit de présenter ses observations sur le *projet de réforme hypothécaire* [2]. Après avoir pris part, dans les dernières années de la monarchie de juillet et au sein de l'Assemblée nationale, aux travaux si considérables relatifs à la réforme hypothécaire, il se peut que découragé ou croyant à la prochaine reprise de ces divers projets, il ait voulu suspendre la continuation de son travail jusqu'à l'avénement d'une nouvelle législation hypothécaire. Ce scru-

[1] C. de cass., 8 avril 1851 (Sirey, 1851); Fœlix, *Droit international privé*, 2e éd., p. 196-200 et 416. V. aussi ma traduction annotée du *Droit international public* de M. Heffter, p. 79 et 84.

[2] V. le rapport dans la *Revue étrangère et française*, t. IX, 1842, p. 609.

Digitized by Google

pule ne saurait plus subsister aujourd'hui. Le projet d'une réforme radicale de notre régime hypothécaire semble avoir été ajourné pour longtemps, peut-être pour toujours, après l'essai de réalisation partielle qui a été opéré dans la loi du 23 mars 1855 [1]. Le moment nous semble donc être venu pour M. Valette de reprendre son travail suspendu depuis quatorze ans. La publication du *Traité des priviléges et des hypothèques* par M. Paul Pont nous semblerait même donner à ce travail un nouvel intérêt d'opportunité.

Le travail de M. Paul Pont est sans doute un des commentaires les plus solides et les plus complets de la législation actuelle, et l'une des préparations les plus sûres aux lois qui pourront encore l'améliorer. On y retrouve le *magistrat* expérimenté, habitué à se faire écouter. Il montre, sous le simple titre de commentaire, ce que renferme d'avantages et de garanties pour tous les intérêts cette partie bien comprise de nos institutions civiles, sans dissimuler ce qu'apportent encore d'obstacles à leur complet développement la routine, les préventions ou l'insuffisance de quelques-unes des dispositions existantes [2].

Le *Traité des priviléges et des hypothèques* de M. Valette sera d'une nature différente. L'auteur devra nous donner, en quelque sorte, le dernier mot de la doctrine et de la théorie sur la portion la plus défectueuse de notre législation civile, de celle dont toutes les législations issues du Code Napoléon (qui régissent aujourd'hui une grande partie de l'Europe) se sont affranchies sans exception, sur ses nombreuses lacunes, sur la nature des réformes à opérer. Il nous semble que différer plus longtemps de reprendre son œuvre interrompue depuis si longtemps, ce serait de la part de l'éminent professeur de droit civil, qu'il nous permette cette expression, faillir à un engagement qu'il a contracté envers le public ! M. Valette, nous le savons, ne se montre guère jaloux de livrer au public ses savantes méditations sur le Code civil. Comme M. de Savigny et

[1] V. mon *Régime foncier des États du Nord*, dans ses rapports avec la loi du 23 mars 1855; 1858, p. 1 et suiv., et dans la *Revue critique*, t. VI, 1855, p. 169 et suiv.

[2] V. l'article de M. Hébert, dans le *Journal des Débats* du 10 décembre 1859.

Digitized by Google

M. Holtius, à Utrecht (ainsi que je l'écrivais il y a dix ans)[1], il appartient à cette catégorie de professeurs qui se soucient médiocrement de faire franchir à leur enseignement l'enceinte étroite de l'École. Cependant M. de Savigny, après avoir, pendant trente années, professé les Institutes et les Pandectes à l'Université de Berlin, inaugurée en quelque sorte par lui et qui se dispose à célébrer, les 15 et 16 octobre prochains, leur (50e) *jubilé commun*, M. de Savigny s'est décidé enfin, en quittant sa chaire, à publier son *Cours du droit romain*. Peut-être M. Valette se décidera-t-il à son tour à venir offrir au public, sinon un cours complet sur le Code Napoléon, du moins un traité complet des *Titres des priviléges et des hypothèques !*

J. BERGSON.

RAPPORT VERBAL FAIT A L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES SUR UN OUVRAGE DE M. LAROMBIÈRE INTITULÉ

THÉORIE ET PRATIQUE DES OBLIGATIONS,

Par M. F. LAFERRIÈRE.

J'ai l'honneur d'offrir à l'Académie, de la part de l'auteur, M. Larombière, président à la Cour impériale de Limoges, un traité sur les obligations, en cinq volumes, intitulé : *Théorie et pratique des obligations, ou Commentaire des titres III et IV du livre III du Code Napoléon.*

C'est une grande et difficile entreprise qu'un traité général sur les obligations : l'importance des travaux publiés sur cette matière, par Pothier sous l'ancienne jurisprudence, depuis le Code civil par Toullier, qui en a fait son œuvre principale, augmente encore la difficulté pour le jurisconsulte qui veut suivre leurs traces; et M. le président Larombière, qui a donné plusieurs années à la méditation et à la composition de son ouvrage, a senti le besoin d'expliquer dans un court avant-propos, et de justifier ce qu'on peut appeler la hardiesse de sa résolution par le point de vue auquel il s'est placé. Ces premières lignes

[1] V. mon compte rendu du *Commentaire sur le droit de faillite néerlandais*, par M. Holtius, dans la *Revue de droit français et étranger*, t. VII, 1850.

Digitized by Google

expliqueront aussi pourquoi j'ai pensé que l'attention particulière de l'Académie pouvait être appelée sur cette publication juridique.

« Si l'on nous demande, dit l'auteur, comment et pourquoi « nous avons fait ce livre, voici notre réponse :

« Il nous a semblé que la loi générale des obligations et des « contrats était la loi essentielle et fondamentale de la législa- « tion civile. Elle est la loi de tous, de tous les actes et de tous « les instants. Les autres parties du droit, vivifiées et fécondées « par elle, en dérivent ou y aboutissent; elle en est constam- « ment le point de départ ou la fin. En elle se résument les élé- « ments de la sociabilité humaine, les grands principes qui sont « les fondements des sociétés. Nous y retrouvons, dans les con- « trats, la liberté morale de l'homme; dans les obligations ré- « sultant de la loi, l'égalité des devoirs sociaux; dans la matière « des engagements, la propriété; dans la transmission des obli- « gations et des droits, l'hérédité et la famille. Aussi régit-elle « également la civilisation et la barbarie, car elle est la su- « prême loi de justice, universelle et absolue, fixant par le droit « les principes de la dignité et de la moralité humaines. A ces « divers titres, nous lui avons patiemment consacré la meil- « leure partie de nos méditations et de nos études..... C'est pro- « bablement avoir déjà gagné quelque chose que de se plaire « en ces matières où les préceptes du droit sont d'accord avec « les enseignements de la philosophie. »

Et dans le corps de l'ouvrage, dans le commentaire sur l'une des plus belles dispositions du Code, empruntée au *Traité des lois* de Domat [1], l'article 1134, « les conventions légalement « formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites, » l'auteur s'exprime ainsi :

« L'obligation qui résulte de tout contrat est préexistante à « la loi civile. Le législateur l'a trouvée toute créée, et n'a eu « qu'à en régler les détails d'exécution et le mode de pour- « suite. Que l'homme puisse contracter et s'obliger, c'est la « plus grande des nécessités sociales, le plus noble attribut de « la liberté et de la moralité humaines. Tout contrat reçoit sa « première sanction de la conscience, de même qu'il puise « toute sa force dans la volonté des contractants. Que l'on ne

[1] *Traité des lois*, chap. 5, nos 1 et 2.

Digitized by Google

« dise donc pas que les conventions n'ont de force obligatoire « que parce que les lois civiles l'ont ordonné, comme s'il leur « avait été possible de supprimer en l'homme la liberté et la « conscience. C'est une grande erreur, si l'on s'imagine rehaus- « ser et ennoblir le principe de nos relations sociales en y fai- « sant partout apparaître le mécanisme artificiel d'une opéra- « tion purement humaine. Le caractère mystérieusement divin « de leur origine est mieux fait pour commander le respect « et l'obéissance. Le contrat sera plus fort quand on aura « dit de l'obligation : « la conscience le veut, » que lorsqu'on « aura dit : « les hommes l'ont voulu. » En s'appuyant ainsi sur « la morale, les lois civiles auront doublé de force [1]. »

Les mêmes idées sont appliquées à la propriété, aux successions, dans le commentaire sur l'article 1122 [2].

Voilà, messieurs, la philosophie du droit à laquelle appartient M. le président Larombière : c'est la philosophie spiritualiste et religieuse qui mesure librement le rayon de chaque chose, en partant de ce principe que le centre du monde moral et de la société civile est Dieu.

M. Larombière, animé de ce souffle des hautes doctrines et d'une véritable indépendance d'esprit, n'en est pas moins un jurisconsulte habile à pénétrer dans les théories du droit civil proprement dit, et à répandre dans ses commentaires de chaque disposition du Code les résultats de l'expérience du magistrat, et les vues d'utilité pratique réclamées par le barreau et la jurisprudence.

Il a cru devoir adopter, en suivant un exemple illustre, la forme du commentaire; et comme il s'agit du titre le plus méthodique du Code, du titre qui, en réunissant les règles générales sur les conventions et les obligations, a reproduit les divisions principales du traité de Pothier, il en résulte que la forme du commentaire n'ôte rien à l'enchaînement des idées, au développement des principes, et se concilie très-bien avec l'ordre didactique du traité.

L'auteur a dû faire naturellement dans son livre une fréquente application des maximes du droit romain. Une très-grande différence, sans doute, existe entre le droit romain et le droit français sur la distinction des contrats, sur la manière

[1] Sur l'article 1134, t. I, p. 361.
[2] T. I, p. 130.

Digitized by Google

dont se forme l'obligation conventionnelle; mais quand l'obligation civile, le *vinculum juris* est formé, la théorie romaine des obligations est fondée sur le droit rationnel, et a servi de base à la théorie du droit français. Nous ne connaissons plus la distinction des contrats et des pactes, des contrats nommés et innomés, des contrats de droit strict et de bonne foi; nous n'avons pas retenu le lien juridique qui rattachait telle ou telle espèce d'action à telle ou telle espèce de contrat; mais les conditions essentielles des obligations, les règles générales sur leurs effets, leur exécution, leur extinction, leurs preuves, sont le plus souvent puisées dans les lois romaines : M. Larombière remonte à cette source inépuisable de la doctrine, et s'il commet quelques erreurs sur des détails techniques, comme on peut en remarquer dans sa notion des *pactes*[1], ces erreurs ou ces inexactitudes, relatives à des institutions positives et spéciales, n'altèrent pas l'application vraie des maximes qui constituent cette partie vitale du droit romain, que Lemaistre appelait si bien la *raison civile* des sociétés.

Son livre présente toujours, selon l'intention annoncée par le titre, l'union de la théorie et de la pratique. Je citerai, comme exemples seulement de cette alliance qui fait le jurisconsulte, dans le tome Ier, le commentaire étendu sur l'article 1138, qui contient l'une des plus graves innovations du Code civil par rapport au droit romain et à l'ancien droit français, en attachant à l'*obligation de livrer* la chose l'effet immédiat de la *translation de propriété*. L'auteur y examine toutes les conséquences de l'ancienne doctrine sur l'impuissance du contrat à transférer par lui-même, et sans *tradition*, la propriété de la chose; et il poursuit le principe nouveau dans ses conséquences, dans ses applications usuelles et logiques, sans craindre de donner à l'innovation toute sa portée, et d'aller, pour la promesse de vente et les effets de l'obligation de livrer, au delà des limites marquées par Toullier et des déductions exprimées par un jurisconsulte célèbre de cette Académie[2].

Je citerai, dans le tome II, sur l'article 1184, le travail très-développé qui concerne la condition résolutoire, et embrasse un grand nombre de questions ramenées par une logique puissante à l'application du même principe; — sur l'article 1221,

[1] Commentaire sur l'article 1107, p. 32.

[2] M. Troplong, au *Traité de la vente*.

Digitized by Google

la discussion relative aux obligations alimentaires, à la question de savoir si elles sont *indivisibles* ou *solidaires* : l'auteur y prouve qu'en principe elles n'ont ni l'un ni l'autre caractère, mais que si la dette d'aliments a quelque rapport, dans ses effets, avec les obligations indivisibles, cela dépend exclusivement des circonstances, dont l'appréciation doit être laissée aux juges[1].

Je citerai, dans le IIIe volume, le commentaire sur l'article 1235, relatif au payement, où l'auteur examine la question difficile de l'*obligation naturelle*; il y distingue nettement l'obligation civile des devoirs de l'ordre purement moral; il détermine, avec moins d'exactitude peut-être, les différences entre l'obligation naturelle selon le droit romain et l'obligation naturelle selon le droit français; il précise ensuite avec justesse les causes et les effets de cette obligation peu caractérisée, et il arrive à la conclusion morale et juridique qu'il ne peut y avoir d'obligation naturelle en opposition avec l'ordre public, conclusion appliquée par lui, d'accord avec la jurisprudence, aux contre-lettres consenties pour ajouter au prix des offices[2].

Je pourrais citer encore, dans le IVe et le Ve volume, le commentaire important sur la preuve des obligations (art. 1315 et 1341), le commentaire sur l'article 1338, relatif à la confirmation ou ratification des contrats sujets à l'action en nullité ou en rescision, dont l'interprétation a divisé les Cours et les jurisconsultes, et mis le savant Merlin en opposition avec lui-même[3] : toutes les opinions, toutes les autorités, tous les monuments de la jurisprudence y sont examinés avec un sens pratique et un savoir également sûrs[4]. — Il en est de même de la discussion sur les articles 1325 et 1347, concernant le commencement de preuve par écrit, où se rencontre la question de savoir si l'acte sous seing privé, non fait double, peut autoriser à prouver par témoins l'existence d'une convention synallagmatique, question controversée entre l'école et le barreau, que l'auteur résout par l'affirmative, après l'avoir approfondie avec une grande clarté, sans lui donner de longs développements.

Tel est, en effet, l'un des caractères du talent qui distingue

[1] T. II, sur l'article 1188, p. 294-440; sur l'article 1221, p. 555, n°s 25-30.
[2] Sur l'article 1235, t. III, p. 63.
[3] Merlin, *Questions de droit*, v° *Ratification*, § 5, n° 3.
[4] Sur l'article 1338, t. IV, p. 586-661.

Digitized by Google

l'auteur du nouveau traité des obligations : il est clair et pressant quelquefois dans l'argumentation, sans être jamais prolixe, mais aussi en se privant de donner à la controverse les larges proportions dans lesquelles se complaît, pour l'instruction des lecteurs, la savante polémique de MM. Toullier, Troplong, Demolombe. — Dans l'ordre purement juridique, comme dans l'ordre des idées morales, M. Larombière se place au point de vue le plus élevé pour apprécier ou discuter les théories ; et de cette hauteur il domine son sujet, il répand une lumière égale sur les détails. Les questions particulières se trouvent, pour ainsi dire, éclaircies d'avance par la clarté même des principes qu'il a exposés ou démontrés. C'est une méthode qui suppose toujours une forte méditation et une pleine possession du sujet, mais qui dans sa sévérité logique ne s'arrête pas aux degrés intermédiaires, et peut même quelquefois pousser les conséquences jusqu'à une rigueur excessive.

Nulle part cette méthode de l'auteur n'a trouvé une plus difficile et une meilleure application que dans la matière des obligations divisibles et indivisibles, que Dumoulin appelait le *labyrinthe inextricable* du droit, et que Pothier lui-même n'a pas toujours pénétrée de sa lumière habituelle : « Pothier n'a « fait que résumer Dumoulin, dit M. Larombière, pour être à « son tour résumé par les rédacteurs du Code Napoléon. On com- « prend, ajoute-t-il, que de résumé en résumé la matière se soit « réduite à quelques dispositions élémentaires dont les principes « généraux ont besoin de développements [1]. » Profitant des travaux de nos grands jurisconsultes, et s'aidant aussi de la savante monographie publiée de nos jours par M. Rodière, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, M. le président Larombière a cherché les principes de l'indivisibilité dans la nature même des choses ou dans l'intention des contractants, et il a produit des distinctions qui aplanissent beaucoup de difficultés par leur justesse. Il part de ce point que la divisibilité est la règle, l'indivisibilité l'exception ; il établit, en combinant plusieurs dispositions du Code, qu'il y a divers degrés d'indivisibilité ; il les classe, avec Dumoulin et Pothier, en indivisibilité de *nature*, d'*obligation*, de *payement*, et il prouve par la suite de son ouvrage que toutes les obligations qui ne rentrent pas dans l'une

[1] T. II, p. 698.

Digitized by Google

de ces trois classes sont divisibles[1]. — Je n'ai pas l'intention de résumer ici plus complétement cette élaboration, dont le sujet se prête plus qu'un autre à la métaphysique du droit, mais je crois pouvoir dire que par sa précision lumineuse, par la force de la doctrine, elle se fait remarquer dans l'ensemble de ce traité remarquable sur les Obligations, produit au grand jour, comme publication première, par un jurisconsulte parvenu à toute sa maturité.

Le style de l'auteur est, du reste, approprié à la gravité du sujet; c'est un style généralement pur, sobre, un peu abstrait, qui résume avec fermeté les parties saillantes des explications, et qui tient plus de l'école sévère de Domat que de la simplicité abondante et naturelle de Pothier.

Faire un troisième chef-d'œuvre sur les Obligations conventionnelles était chose bien difficile; et l'auteur, qui avait d'abord travaillé pour lui sans penser à la publicité, n'a pas eu certainement la prétention de rivaliser avec les chefs-d'œuvre des maîtres; mais la science du droit est progressive, l'application incessante aux faits nouveaux, que la société produit, présente de nouveaux aspects au jurisconsulte ; et j'ai pensé que le livre dont il est fait hommage par M. le président Larombière, en ajoutant aux témoignages de la grande culture du droit par les magistrats, comme par les professeurs de nos Facultés, dans plusieurs des anciennes provinces, méritait, par sa haute valeur, d'être signalé au bienveillant accueil de l'Académie. (*Extrait du Compte rendu des travaux de l'Académie.*)

F. LAFERRIÈRE.

[1] T. II, sur les articles 1217, 1218, 1221 et *passim*.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Nicias Gaillard, président à la Cour de cassation.

SOMMAIRE.

I. Lorsqu'une personne a fait successivement deux donations entre-vifs de sommes payables à son décès, et que la succession est insuffisante pour les acquitter toutes deux intégralement, c'est toujours la première donation qui doit être préférée, alors même que la seconde est garantie par une hypothèque.

II. Les feuilles de route ou d'expédition dont se servent les compagnies de chemins de fer pour accompagner d'une gare à l'autre les marchandises transportées à grande vitesse, ne doivent pas être considérées comme des lettres de voiture et timbrées comme telles, encore bien qu'elles contiennent la plupart des énonciations que comporte la lettre de voiture, si d'ailleurs elles n'ont pas été créées pour former titre entre le voiturier et l'expéditeur, ni pour porter au destinataire la connaissance des conditions du contrat de transport, et si, par suite, elles ne constituent que des pièces d'ordre et de comptabilité intérieure.

I. Cour de cassation, requêtes, 7 mars 1860. — *Vigne-Salvagniac contre consorts Toulzac.—Donations successives.—Insuffisance de la succession du donateur.— Préférence. —Hypothèque.* — Le concours des legs, leur contribution à la réserve, ou même, à défaut de réservataires, la réduction proportionnelle qu'il leur faut subir entre eux si la succession est insuffisante, peuvent donner lieu à des difficultés sérieuses, notamment au [illegible] par l'article 1009 du Code Napoléon, qui, dans sa [illegible] partie peut sembler d'abord assez difficilement con- [illegible] avec les articles 926 et 927, auxquels cependant il ren- [illegible] La question paraît plus simple lorsque ce sont des donations successives qui se trouvent en concours. Si c'est pour reconstituer la réserve qu'il y a lieu de les réduire, une disposition expresse, l'article 923, détermine comment se fait cette réduction et dans quel ordre les donations y sont soumises. Cet article, à la vérité, ne régit directement que ce cas. Lorsqu'il n'y a pas d'héritiers à réserve ou que leurs droits sont remplis, et que la question ne s'élève qu'entre les donataires, la difficulté n'y trouve pas sa solution expresse; mais il y est suppléé par

Digitized by Google

d'autres règles plus générales [1], qui varient suivant qu'il s'agit de donations immobilières (art. 929 et 941), ou de donations mobilières (art. 1141), ou bien encore d'objets corporels ou de droits incorporels (art. 1690). Et lorsqu'au lieu de corps certains ou de créances déterminées, ce sont des sommes qui ont été successivement données à divers avec terme pour le payement, il semble, sans qu'il soit besoin de textes particuliers, que la règle est écrite dans le principe même des donations entre-vifs, je veux parler de l'irrévocabilité, qui sert de fondement à toute la théorie et qui n'interdit pas seulement le retour direct sur ce que l'on a fait, mais aussi bien toute atteinte qui y serait portée indirectement, par exemple, au moyen de dispositions postérieures qui ne laisseraient plus dans le patrimoine de quoi acquitter entièrement les premières dispositions.

On soutenait le contraire dans l'espèce de l'arrêt qui fait l'objet de cet examen [2]. Suivant le pourvoi, les donataires de

[1] Dall., v° *Dispositions entre-vifs*, n°s 1317 et 1699.

[2] Rapporteur, M. Nicolas; conclusions conformes de M. l'avocat général de Peyramont. — L'arrêt attaqué était de la Cour impériale de Limoges, en date du 18 juin 1859. — L'arrêt de la chambre des requêtes n'ayant encore été publié dans aucun recueil, nous le transcrivons ici :

« La Cour, ouï M. le conseiller Daniel-Nicolas en son rapport, Me Dareste en ses observations, et M. l'avocat général de Peyramont en ses conclusions;

« Sur le moyen unique du pourvoi, tiré de la prétendue violation des articles 2093 et 2094 du Code Napoléon, et de la prétendue fausse application des articles 89 et 923 du même Code;

« Attendu qu'il est constaté, en fait, par l'arrêt attaqué, que par contrat de mariage d'Armand Toulzac avec Léontine Lenoch, du 18 mars 1833, la demoiselle Toulzac fit donation entre-vifs audit Toulzac de la somme de 5,000 francs, payable après son décès; que, par acte authentique du 18 novembre 1854, ladite demoiselle Toulzac fit aussi donation entre-vifs à Vigne-Salvagniac de la somme de 22,000 francs, payable après son décès, avec affectation hypothécaire sur ses biens immeubles; que la demoiselle Toulzac étant décédée le 9 juin 1856, ses biens immeubles furent vendus, mais leur prix fut insuffisant pour acquitter ses dettes et le montant desdites deux donations; qu'il résulte de là la question de savoir quelle était celle des deux donations qui devait être payée de préférence sur le prix desdits immeubles;

« Attendu, en droit, que si, entre les créanciers d'un même débiteur, le droit de préférence sur le prix des immeubles de celui-ci s'établit par les priviléges et hypothèques inscrits, la préférence entre les donataires de sommes payables après le décès du donateur résulte de la priorité de la date des donations entre-vifs; qu'en effet, d'après l'article 923 du Code Napoléon, la réduction des donations qui excèdent la quotité disponible s'opère en remontant des dernières aux plus anciennes; que cette règle doit être la même

Digitized by Google

sommes *in genere* ne sont entre eux et, par rapport au donateur, que des créanciers qui viennent par contribution sur les biens de leur débiteur lorsque ces biens ne suffisent pas pour les payer tous intégralement, sans autre cause de préférence que les priviléges et les hypothèques, conformément au droit commun. La date, antérieure ou postérieure, des donations, n'y fait rien. Suivant ce système, l'article 923 ne dispose qu'en faveur de la réserve et est uniquement relatif au cas de *réduction* et à la manière de l'opérer. D'un autre côté, on repoussait l'application de l'article 1083, par le motif qu'il ne s'agissait pas dans la cause d'institution contractuelle, mais suivant les appréciations mêmes et les qualifications de l'arrêt attaqué, *de donations entre-vifs, irrévocables, qui avaient dessaisi le donateur et saisi le donataire, quoique avec terme pour le payement jusqu'au décès du donateur.*

La question restait ainsi sous l'empire des articles 2093 et 2094. Il était indifférent que la donation faite au demandeur en cassation ne fût que de l'année 1854, tandis que celle que lui

pour le cas où, comme dans l'espèce, le donateur, n'ayant pas d'héritiers à réserve, a fait des donations de sommes payables après son décès, qui excèdent les forces de ses biens; que l'hypothèque consentie par le donateur sur ses biens immeubles pour assurer le payement de la somme donnée, exigible seulement après son décès, ne peut créer un droit de préférence au préjudice de sommes payables, aussi, après le décès du donateur; que s'il en était autrement, il dépendrait du donateur de rendre illusoires les donations qu'il aurait précédemment faites sans affectation hypothécaire, et de révoquer ainsi, à son gré, des donations que la loi déclare irrévocables; que d'ailleurs, l'hypothèque n'est qu'un accessoire du contrat; et si le donateur a épuisé la valeur de ses biens par des donations entre-vifs antérieures à celle qu'il a faites avec affectation d'hypothèque, cette donation ne devant produire aucun effet, puisque le donateur ne pouvait disposer de ce qui ne lui appartenait plus, l'hypothèque cessait d'avoir une existence utile;

« Attendu que, si, au cas d'une institution contractuelle, le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques à titre de récompense ou autrement, à plus forte raison, le donateur ne peut faire des dispositions gratuites qui auraient pour résultat d'absorber, en tout ou partie, les sommes qui sont l'objet d'une précédente donation entre-vifs;

« Qu'ainsi l'arrêt attaqué, en décidant que la donation de la somme de 5,000 francs, faite par la demoiselle Toulzac à Armand Toulzac, le 18 mars 1833, devait être payée sur le prix des immeubles de la donatrice, par préférence à celle de 21,000 francs faite par ladite demoiselle Toulzac à Vigne-Salvagniac, le 18 septembre 1854, n'a violé aucun des principes invoqués; 7 mars 1860; Rejette, etc. »

Digitized by Google

opposait son adversaire remontait au 18 mars 1833 [1]; ce qui était décisif en faveur du pourvoi, c'était, soutenait-on, que la donation postérieure en date, avait été garantie, à la différence de la première, par une affectation hypothécaire sur les biens immobiliers du donateur. C'était là sa *cause légitime de préférence*, contre laquelle l'antériorité de date de l'autre donation ne pouvait rien !

Ce système n'a point été admis; la Cour a rejeté le pourvoi. Et en effet, si l'article 933 est sous la rubrique *De la réduction des donations et legs*, et s'il est vrai de dire qu'il ne dispose, en termes exprès, que pour le cas où il s'agit de reprendre ce qui manque à la réserve sur les libéralités faites par le défunt, cette disposition n'est, en ce qui se rapporte aux libéralités entre-vifs, qu'une conséquence de l'irrévocabilité des donations, principe qu'apparemment on ne prétend pas renfermer dans cette unique application. Or c'est le principe qui importe, beaucoup plus que la conséquence particulière. Comment, si *la donation entre-vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement* (art. 893); si, pour ce motif, elle *ne peut comprendre que les biens présents du donateur*, et serait nulle en tout ce qui se rapporterait aux biens à venir (art. 943); si, par une autre précaution, et toujours de peur que ce principe de l'irrévocabilité ne souffre quelque atteinte, le législateur (art. 945) défend de soumettre la donation à d'autres dettes ou charges que celles qui existaient lorsqu'elle a été faite, ou qui seraient formellement déclarées et exprimées; si, à plus forte raison, *toute donation entre-vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur est nulle* (art. 944), comment la liberté resterait-elle au donateur d'altérer, d'amoindrir, de rendre peut-être entièrement stérile et inefficace cette donation qui le dépouille et qui le lie, cette donation irrévocable désormais plus forte que lui? Et

[1] Cette première donation avait été faite par contrat de mariage, ce qui la rendait plus solennelle et semblait la rendre plus sûre. La Cour de Limoges y trouvait, sous ce rapport, le caractère d'une disposition à titre onéreux, comme faite en faveur du mariage et pour en soutenir les charges. Devant la Cour de cassation, la discussion a tenu peu de compte de cette considération, qui n'était aussi que secondaire dans l'arrêt de la Cour impériale. Les donations postérieures, même faites par contrat de mariage, ne peuvent passer qu'après les donations antérieures. Le principe de l'irrévocabilité reste le même. (Dalloz, *Dispositions entre-vifs*, n° 1208.)

Digitized by Google

pourtant ce serait bien cela! Le donateur aurait un moyen sûr de défaire ce qu'il aurait fait; et il n'aurait guère qu'à le vouloir, alors cependant que la loi lui a si énergiquement retiré le droit de vouloir en sens contraire. L'article 923, ou, mieux encore, le principe duquel est issu cet article, est donc tout aussi applicable au cas présent qu'à celui qui s'y trouve exprimé.

Autre aspect de la question. Lorsqu'il faut refaire la réserve, il n'y a à s'en prendre qu'aux dispositions qui y portent atteinte : à toutes sans doute, aux plus anciennes comme aux plus récentes, si les premières elles-mêmes l'ont entamée; autrement, aux dernières seules, car les premières sont innocentes du mal fait à la réserve, le tort n'a commencé que plus tard, et c'est aux dispositions qui ont causé le dommage à le réparer. La réduction ne peut commencer que là où cesse le disponible.

De même (à ne plus parler des héritiers à réserve, et à ne voir dans la question que l'intérêt opposé des divers donataires) ne peut-on pas dire que le donateur, dont la succession à présent n'est insuffisante qu'eu égard à l'ensemble de ses dispositions, n'a fait, lors des premières, inférieures à son actif, que ce qu'il pouvait faire? qu'il avait ce qu'il donnait, et que ce n'est qu'après avoir épuisé son actif qu'il a donné ce qu'il n'avait plus? Que dès lors ce sont ces dernières libéralités, auxquelles la matière manquait, qui doivent céder aux premières? Celui qui donne s'oblige, et *qui s'oblige oblige le sien*. Les droits de même sorte qu'il concède à d'autres postérieurement, ont bien aussi pour gage son patrimoine, mais diminué de tout ce qu'il en a déjà distrait; il ne peut donner que ce qui lui reste. Les premiers donataires n'ont rien pris à ceux qui n'étaient pas encore; ce seraient ceux-ci qui feraient perdre aux donataires antérieurs un avantage acquis, s'ils les primaient ou même venaient en concurrence avec eux.

Il y a donc aussi, sous cet autre rapport, identité de raison pour appliquer ici l'article 923. Quant à l'article 1083, il y a *à fortiori!* L'institution contractuelle n'est pas absolument irrévocable; il s'en faut bien. Celui qui n'a disposé que de cette façon, non-seulement demeure libre d'aliéner et d'engager ses biens à titre onéreux, mais il en peut disposer même à titre gratuit, du moins dans une certaine mesure. La donation entre-vifs enlève, au contraire, au donateur, tout pouvoir de droit

Digitized by Google

sur les biens donnés. Comment donc des dispositions postérieures pourraient-elles contre la donation entre-vifs ce qu'elles ne pourraient pas contre l'institution contractuelle?

Reste maintenant à savoir quel sera l'effet de l'affectation hypothécaire ajoutée à cette donation postérieure? Impuissante par elle-même, la disposition trouvera-t-elle dans l'hypothèque la force qui lui manque?

Et pourquoi? l'hypothèque n'est qu'un accessoire; il faut d'abord le principal. Lorsqu'un droit existe et qu'il est de ceux auxquels peut s'appliquer l'hypothèque, l'hypothèque en augmente singulièrement la valeur; mais si elle protége et garantit le droit, elle ne le crée pas. Seule, elle ne peut rien. Quand est-ce que l'hypothèque peut utilement intervenir? c'est lorsque des droits égaux sont en présence. Par elle cesse cette égalité. Laissés à leur force propre, la même pour tous, ils viendraient par contribution sur le gage commun; l'hypothèque fait sortir ceux auxquels elle s'applique de la condition commune. Mais ici, entre les donations entre-vifs de dates différentes il n'y a pas égalité de condition : elles ne viennent pas concurremment : les premières en date sont préférées : *prior tempore, potior jure.* Voilà *la cause de préférence*, et elle exclut tout ce qui y serait contraire. Ce n'est plus le cas de l'article 2094, parce que ce n'était pas celui de l'article 2093.

Est-ce à dire que l'hypothèque n'est pas de mise en matière de donations entre-vifs? qu'elle y serait toujours inefficace? Pas du tout, le donataire de sommes payables au décès du donateur n'en a pas moins un intérêt sérieux à obtenir une garantie hypothécaire. L'existence actuelle de son droit malgré le retard stipulé pour l'exécution, ne fait point que le donateur ne conserve en réalité la disposition de son patrimoine. Demeuré en possession, il peut dissiper, aliéner; et dans ce cas, le droit, d'ailleurs certain, du donataire ne trouvera plus matière à s'exercer que sur les biens personnels de l'héritier, à supposer qu'il se présente quelqu'un pour accepter cette succession désavantageuse sans invoquer le bénéfice d'inventaire. L'hypothèque préviendra ce danger. Avec elle, le donataire saisira ces immeubles entre les mains des tiers acquéreurs, et l'effet de sa créance se réalisera. Mais cette précaution, excellente contre la dissipation du donateur et contre les droits que des

Digitized by Google

tiers pourraient acquérir, est sans effet vis-à-vis des autres donataires. L'hypothèque ne change pas la date de la donation, elle ne peut la faire prévaloir contre les dispositions antérieures. Et d'un autre côté, si elle est utile au donataire qui l'obtient, ce n'est point contre les libéralités subséquentes que pourrait faire l'auteur de la disposition, car contre celles-ci ce donataire, à son tour, trouve dans son antériorité un suffisant avantage, ou plutôt un titre certain de préférence. Il n'y a qu'un cas, semble-t-il, où elle pourrait devenir utile même entre codonataires, ce serait si le donateur disposait plus tard en faveur d'une autre personne de tel ou tel de ses immeubles et si ce nouveau donataire faisait transcrire. La transcription alors assurerait (art. 939 et 941) à la disposition postérieure tout avantage contre le donataire de sommes qui n'aurait à invoquer que l'antériorité de son titre, tandis que l'hypothèque consentie à celui-ci, inscrite régulièrement avant la donation immobilière, mettrait son droit en état de ne plus rien craindre de cette donation postérieure, transcrite ou non. Le second donataire, en ce cas, se trouverait exactement dans la même position qu'un tiers acquéreur.

Du reste, cette inutilité ordinaire de l'hypothèque entre codonataires n'est pas particulière aux dispositions entre-vifs, il en est de même entre colégataires. Les légataires ont sans doute (art. 1007, 1009, 1012) un droit hypothécaire sur les immeubles de la succession, et ce droit leur assure la préférence sur les créanciers personnels de l'héritier ainsi que sur les tiers détenteurs[1]; mais cette hypothèque, commune à tous les légataires, ne peut être ce qui détermine le rang entre eux. Ce rang est le même pour tous; une inscription que prendrait l'un d'eux ne lui donnerait aucun avantage sur les autres[2].

Le motif pourtant n'est plus le même. Ce n'est pas, comme tout à l'heure, que la préférence soit marquée par l'antériorité du titre; au contraire, c'est précisément parce qu'il n'y a plus

[1] Troplong, *Hypothèques*, t. II, n° 432 *ter*.

[2] Paris, 12 mars 1806 et 14 nov. 1838 : Troplong, *loc. cit.* Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 147 : Dalloz, v° *Dispositions entre-vifs*, n°s 3898 et 1230.

« Attendu qu'un testament est un titre commun à tous les légataires; qu'aucun d'eux ne peut par inscription, ni par aucune voie étrangère au testament, obtenir au préjudice des autres une hypothèque en priorité de rang sur les biens du testateur..... »

Digitized by Google

d'antériorité [1]. Les legs ont tous la même date, celle de la mort du testateur. Aussi viennent-ils par concurrence, et ils souffrent, s'il y a lieu, une diminution proportionnelle, non pas seulement au cas exprès de l'article 927, spécial, nous le voulons bien, pour la réduction au profit de la réserve, mais aussi par rapport aux légataires entre eux, chaque fois qu'il n'y a plus matière à l'entier acquittement de tous les legs. La condition est la même pour tous ; nul ne peut se faire une situation particulière plus avantageuse.

II. Cour de cassation, chambres réunies, arrêt du 28 mars 1860. — *Rapp., M. Bresson; M. le premier avocat général de Marnas, concl. contr. — Enregistrement C. Compagnie de l'Ouest. — Lettres de voiture. — Timbre. — Feuilles d'expédition.* — La chambre civile avait jugé, par son arrêt de cassation du 3 janvier 1853, que certaines feuilles, saisies entre les mains des conducteurs de trains du chemin de fer de Paris à Rouen et au Havre, par procès-verbaux des 11, 12 et 13 juillet 1847, étaient des lettres de voiture soumises au droit de timbre ; l'arrêt que nous rapportons vient de décider, dans la même affaire, que ces feuilles ne sont pas des lettres de voiture, et que dès lors elles n'ont pas besoin d'être timbrées. La contradiction, semble-t-il, est évidente. Et même ne va-t-elle pas plus loin? Le dernier arrêt ne contrarie pas moins en apparence diverses autres décisions antérieures, par exemple un arrêt de la chambre civile du 7 juin 1853 [2], et surtout deux arrêts de la chambre des requêtes des 5 mai et 24 juin 1846 [3].

Il se pourrait très-bien qu'il en fût ainsi, sans que pour cela il y eût beaucoup à s'en étonner. Au-dessus de chaque chambre, il y a les chambres réunies. C'est là que réside la Cour dans son expression la plus haute et la plus complète, et que, sur les questions délicates et controversées, se forme en définitive la jurisprudence. Les chambres réunies ne sont jamais saisies qu'après un premier arrêt de cassation; elles sont appelées à juger cet arrêt lui-même aussi bien que la décision qui a refusé de s'y conformer. C'est un contrôle souverain exercé par le corps tout entier. Le plus souvent, le résultat de cet exa-

[1] Marcadé, t. III, n° 613, sur l'article 926.
[2] Rapp., M. Lavielle. V. Dalloz, 53, 1, 204.
[3] Dalloz, 46, 1, 142 et 318.

Digitized by Google

men est favorable au premier arrêt; s'il en est autrement, c'est l'exercice tout aussi naturel et aussi simple d'un pouvoir également libre dans les deux cas. Il n'y a même point, comme on en a l'air quelquefois, à faire honneur à la Cour de son indépendance. Elle n'a pas plus de mérite à juger ainsi qu'à juger autrement, et son devoir lui est toujours aussi facile.

Mais ici, en réalité, il n'y a de contrariété que dans les résultats; il n'y a pas de contradiction dans la doctrine. Une cause peut changer d'aspect; des points importants, négligés d'abord et laissés dans l'ombre, peuvent tout d'un coup apparaître ou s'éclaircir. Les mêmes principes alors conduisent à des résultats différents, et c'est en jugeant autrement que l'on reste d'accord avec soi-même.

Ainsi en a-t-il été dans l'affaire qui vient de se terminer devant les chambres réunies.

Les feuilles saisies [1] entre les mains des agents de la compagnie du chemin de fer de Rouen, contenaient onze colonnes, subdivisées, pour la plupart, en deux ou plusieurs autres, sous les titres suivants : *numéros d'expédition des étiquettes; marques et numéros; nombre et nature des colis; poids; expéditeurs; destinataire; ports payés* (ici plusieurs subdivisions et de même dans la colonne suivante); *ports dus; rectifications; émargement.* En tête, ces feuilles imprimées portaient les mentions suivantes : *Chemin de fer de Rouen, du Havre et de Dieppe. Service des marchandises* (*grande vitesse*); *Station expéditeur; Station destinataire; Feuille d'expédition du train, n°.... Départ de.... heure.*

Quoique qualifiées *feuilles de route ou d'expédition,* ces imprimés, remis au conducteur du train, et voyageant avec lui, avaient, il faut en convenir, l'apparence de lettres de voiture. La plupart des énonciations énumérées dans l'article 102 du Code de Commerce s'y trouvaient. Aussi l'administration de l'enregistrement leur appliqua-t-elle les dispositions qui assujettissent les lettres de voiture au timbre.

Elle succomba d'abord dans sa prétention. Le tribunal de Rouen, devant lequel l'affaire fut portée, jugea que les pièces qui faisaient la matière du procès n'étaient pas des lettres de voiture, et il en donna plusieurs raisons parmi lesquelles il y

[1] Les procès-verbaux de saisie étaient en date des 11, 12 et 13 juillet 1849.

Digitized by Google

en avait une principale, s'appliquant à peu près seule aux dix-huit feuilles saisies, à savoir qu'elles n'étaient pas signées, et que faute de signature il n'y a pas de contrat.

Sur le pourvoi de l'administration de l'enregistrement, la cour cassa [1], par le motif surtout « que si la lettre de voiture est assujettie par l'article 109 du Code de commerce à certaines formes, aucune de ces formes n'est prescrite à peine de nullité, et que c'est aux juges à apprécier celles qui sont substantielles, c'est-à-dire celles qui sont indispensables pour que la lettre de voiture puisse, aux termes de l'article 101 du Code de Commerce, assurer les droits respectifs soit de l'expéditeur et du voiturier, soit de l'expéditeur, du commissionnaire et du voiturier. » Appliquant ce principe, l'arrêt en conclut « que les écrits saisis, malgré ce qui peut y manquer, n'en constituent pas moins des lettres de voiture....., parce qu'elles en conservent le caractère constitutif, qui est de constater le contrat de commission et l'obligation de la compagnie du chemin de fer de transporter à une destination déterminée les objets qui lui sont confiés à cet effet ; » qu'il en était ainsi notamment du défaut de signature, parce que, d'une part, « la signature de l'expéditeur et du commissionnaire n'est pas prescrite, à peine de nullité, par l'article 109 », et que, d'autre part, « elle pourrait être, au besoin, suppléée par d'autres preuves, qui rattacheraient à l'expéditeur ou au commissionnaire le fait de l'expédition, notamment par la corrélation constatée dans le jugement attaqué entre les écrits saisis et le registre tenu par la maison d'expédition, conformément à l'article 109. » Ainsi les imprimés « rédigés et remis par la Compagnie à ses agents pour en faire usage comme d'une lettre de voiture... présentaient, malgré l'absence de la signature (ce qui était le fait de la Compagnie), toutes les indications suffisantes pour établir, conformément à l'article 101, *l'existence et la portée du contrat intervenu entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier.* »

Telle était, je ne dis plus la décision de l'arrêt, mais sa théorie ou sa doctrine. La Cour ne doutait pas qu'il n'y eût eu contrat entre l'expéditeur et la compagnie chargée du transport, et que la lettre de voiture ne fût le titre ou *l'instrument* de ce contrat;

[1] Ch. civ., 3 janvier 1853. Dalloz, 53, 1, 26.

Digitized by Google

mais, cela étant, elle se demandait, et elle croyait n'avoir pas à se demander autre chose, si ce titre était valable, c'est-à-dire, si les énonciations qui y manquaient, et surtout le fait important de l'absence de la signature pouvaient l'empêcher de valoir comme lettre de voiture, ou si plutôt il ne conservait pas malgré cela ce caractère, les conditions essentielles y restant.

Et c'était bien ainsi que le jugement lui-même semblait l'avoir entendu. Autrement, pourquoi attacher tant d'importance à la signature des *parties*? Quelles étaient ces *parties* qui eussent dû signer, si ce n'était l'expéditeur et le voiturier ou le commissionnaire? Mais ces signatures n'y étaient pas! et c'était ce qui faisait que les écrits produits n'étaient que « des écritures informes. » Le tribunal réclamait avant tout le droit de « s'occuper de la validité de ces pièces comme lettres de voiture. »

Or, sur ce terrain de la validité de l'écrit en tant que lettre de voiture, nonobstant l'omission de certaines conditions, il ne pouvait exister de doute sérieux. La décision du tribunal de Rouen était aussi contraire à la doctrine qu'à la jurisprudence. Pour la doctrine, il suffisait de citer Pardessus, *Cours de droit commercial*, tome II, n° 539, et Locré, *Esprit du Code de commerce*, tome I, page 305, où est analysée la discussion qui eut lieu sur ce point au Conseil d'État. Quant à la jurisprudence, trois arrêts [1] de la chambre des requêtes, des 5 mai, 17 et 24 juin 1846, avaient décidé que les feuilles remises par les compagnies de chemins de fer aux conducteurs de leurs trains de marchandises, étaient, comme lettres de voiture, soumises au timbre, quoiqu'il y manquât quelques-unes des énonciations ordinaires, si d'ailleurs, les conditions essentielles s'y trouvaient, et qu'il en était ainsi notamment malgré l'absence de signatures.

Le jugement du tribunal de Rouen fut donc cassé, et l'affaire renvoyée devant le tribunal de la Seine.

Là, certains faits s'éclaircirent, et l'aspect de la cause changea sous un rapport important. La circonstance à laquelle on avait attaché jusque-là le plus d'importance dans l'intérêt de la compagnie du chemin de fer, c'était, nous venons de le voir, que les feuilles n'étaient pas signées, d'où l'on tirait la conséquence que le contrat n'était pas valable; sans insister sur ce point, on s'ap-

[1] Dalloz, 46, 1, 142 et 318.

Digitized by Google

pliqua, devant le tribunal de la Seine, à établir que ces feuilles, se rapprochassent-elles plus ou moins, dans la forme, des lettres de voiture, n'avaient point été créées pour cette destination, c'est-à-dire *pour constater la prise en charge et la décharge du voiturier* vis-à-vis de l'expéditeur et du destinataire. On le prouvait par la production d'un très-grand nombre de feuilles semblables à celles qui avaient été saisies. De la présence de ces feuilles, entre les mains de la compagnie (et l'on soutenait qu'il en était toujours ainsi), on concluait que, étrangères à l'expéditeur et au destinataire, elles n'avaient trait qu'aux rapports de la compagnie elle-même avec ses agents. Ces imprimés étaient remis à chaque conducteur de train de grande vitesse, en nombre égal aux stations qu'il avait à desservir; les indications qui y étaient contenues étaient, toutes, extraites du registre d'entrée, tenu conformément à l'article 50 de l'ordonnance du 15 novembre 1846; à chaque station l'exactitude de ces indications était vérifiée en ce qui se rapportait aux colis que le train y laissait; puis, elles étaient transcrites sans délai sur le *livre des arrivages*, et, de là, sur deux autres livres : le *livre de sortie* et le *livre de factage*, suivant que le destinataire venait prendre livraison en gare, ou que les marchandises lui étaient livrées à domicile; après quoi, ces feuilles étaient renvoyées à l'administration centrale « pour faire la statistique de l'exploitation. » C'était ainsi que, les ayant toujours eues à sa disposition, elle pouvait aujourd'hui les représenter en si grand nombre.

Ce n'étaient donc que « des pièces d'ordre et de comptabilité, » créées par la compagnie dans son seul intérêt et pour son seul usage, comme moyen de vérification et de police intérieure, et sans aucune utilité, aucune autorité au dehors. L'expéditeur ne les connaissait pas; le destinataire, pas davantage. Le titre de l'expéditeur, c'était le récépissé qu'il avait le droit d'exiger, ou, s'il ne le réclamait pas, le registre sur lequel les marchandises étaient inscrites à leur entrée, registre faisant foi contre la compagnie [1]; et ces titres de l'expéditeur devenaient communs au destinataire, soit par l'envoi que l'expéditeur lui faisait du récépissé, soit parce qu'il pouvait lui-même, au besoin, recourir au livre d'entrée et aux autres registres. De son côté, la compagnie trouvait sa sûreté contre l'un et l'autre

[1] Art. 1330 C. Nap. et 12 C. comm.

Digitized by Google

dans la décharge que donnait le destinataire, lorsqu'il recevait les marchandises, décharge inscrite à la colonne d'émargement du livre de partage ou du livre de sortie.

Ces explications n'étaient pas entièrement nouvelles, mais c'était la première fois qu'elles étaient données d'une manière aussi complète, et avec pièces à l'appui. Un éclaircissement surtout était précieux, en ce qu'il portait sur un point qui avait été compris, jusque-là, en sens contraire, et qui, par suite, avait eu une sérieuse influence sur le sort du premier jugement.

Les feuilles saisies, nous l'avons dit, entre autres colonnes en avaient deux dont l'une portait pour titre *Expéditeurs;* l'autre, *Destinataires.* Ces deux énonciations avaient de l'importance, mais une autre mention en augmentait singulièrement la force, et semblait en rendre la signification décisive contre la compagnie; c'était le mot *Emargement* donné pour titre ou *en tête* à la dernière colonne. Ainsi, chacun avait sa place dans cet imprimé, non pas seulement, comme il fallait bien, le voiturier (c'est-à-dire la compagnie), entre les mains duquel on l'avait trouvé et saisi, mais l'expéditeur au point de départ, le destinataire à l'arrivée. C'était un titre commun à tous, constatant le contrat commun! Qu'opposer surtout à l'*émargement* du destinataire? Quand il avait reconnu par sa signature, donnée sur cette feuille même, qu'il avait reçu les marchandises, sa décharge ne faisait-elle pas titre contre lui et contre l'expéditeur? et la feuille prenant ainsi les marchandises au départ, les accompagnant sans interruption pendant la route, les suivant jusqu'aux mains du destinataire, et recevant de lui-même son nom comme preuve de libération, qu'était-ce donc qu'une *lettre de voiture,* dans ses termes comme dans son objet et dans son but?

Aussi, l'arrêt (de 1853), qui avait cassé le premier jugement, contenait-il un motif plus important, que nous n'avons pas encore reproduit. Après avoir dit que certaines indications et certaines omissions signalées par le tribunal de première instance « n'altéraient pas le caractère constitutif de la lettre de voiture qui est de constater le contrat de *commission* [1] et l'obligation de la compagnie du chemin de fer de transporter à une destination déterminée les objets qui lui étaient confiés ; » l'arrêt ajoute « *que la colonne intitulée émargement* PROUVE *que*

[1] Il serait plus exact de dire le contrat *de transport*, car il n'y a pas toujours de commissionnaire.

Digitized by Google

cet écrit était destiné à recevoir la preuve que l'objet expédié avait été reçu par le destinataire, et par conséquent que la compagnie avait rempli ses engagements. »

On sent toute l'importance de cette affirmation ; c'était dans le but de l'infirmer et même pour fournir directement la preuve contraire, que la compagnie produisait pour la première fois la masse de feuilles dont nous avons parlé.

Ces explications et ces pièces décidèrent le tribunal de la Seine ; il adopta pleinement le système de la compagnie[1], et l'un des principaux considérants de son jugement a précisément pour objet de relever l'erreur dans laquelle, faute de renseignements suffisants, l'arrêt de 1853 était tombé par rapport à cette colonne *d'émargement* destinée, avait-on pensé, à recevoir l'émargement, c'est-à-dire le *récépissé* ou la quittance du destinataire lui-même. « En fait, porte le jugement, cette démonstration (à savoir que l'omission volontaire de la signature n'avait eu pour objet que de se soustraire au timbre, *en conservant tous les avantages d'une lettre de voiture*), manque complétement dans l'espèce, et la compagnie du chemin de fer de Rouen fait la preuve contraire ; elle établit en effet, par la production d'une quantité très-considérable de feuilles identiquement pareilles à celles qui ont été saisies, que toutes ces feuilles restent entre ses mains ; que jamais l'expéditeur ou le destinataire ne les voient ; et, qu'en conséquence, ils ne peuvent les invoquer comme preuve de leurs droits ; *qu'il y a évidemment erreur de la part de la régie à soutenir que ces feuilles sont destinées à remplir le même but que les lettres de voiture, puisque, s'il en était ainsi, elles seraient remises aux destinataires, et ne pourraient être représentées par la compagnie ; que si la dernière colonne des feuilles est intitulée* émargement, *l'impropriété de ce titre doit être attribuée à l'identité de leur composition typographique avec celle des registres de la compagnie, dont elles sont la représentation ; mais qu'en réalité il résulte de l'examen des nombreuses pièces de comparaison soumises à la vérification du tribunal qu'aucune d'elles ne porte une seule signature à ladite colonne d'émargement, laquelle est exclusivement consacrée à constater quels sont les objets transportés qui doivent être livrés bureau restant ou à domicile.* »

[1] Par jugement du 11 août 1853.

Digitized by Google

La régie se pourvut une seconde fois. Indépendamment du moyen du fond, elle invoquait, dans la forme, les articles 69 de la loi du 22 frimaire an VII et 17 de celle du 27 ventôse an X, en ce que « le tribunal avait jugé sur pièces nouvellement produites devant lui, sans qu'elles eussent été signifiées ni même mentionnées dans les mémoires signifiés à la régie. » *Ces pièces nouvellement produites* étaient précisément les *feuilles identiquement semblables à celles qui avaient été saisies*, « desquelles pièces de comparaison, disait-on [1] à l'appui du pourvoi, le tribunal a cru devoir tirer la conséquence que toutes ces feuilles restaient entre les mains de la compagnie, qui les gardait, puisqu'elle pouvait les représenter aujourd'hui, et que jamais elles ne parviennent aux mains des expéditeurs ou des destinataires, et *qu'ainsi elles ne sont pas destinées à remplir le même but que la lettre de voiture.* » Cette destination que les pièces reçoivent d'après les usages de la compagnie, est, continuait le pourvoi, « l'un des principaux motifs sur lesquels se fonde le tribunal, pour décider que les pièces saisies ne peuvent être considérées comme lettres de voiture. »

Le moyen était d'un succès certain, surtout eu égard à l'importance de ces pièces nouvelles, importance signalée par la régie elle-même. Un second arrêt, en date du 31 janvier 1855 [2], cassa le jugement du tribunal de la Seine, pour le tort qu'avait eu ce tribunal de *motiver en fait* sa décision sur « la production de ces nombreuses pièces de comparaison dont il n'avait pas été question devant le tribunal civil de Rouen, et desquelles il avait conclu que les pièces saisies n'étaient pas destinées à servir de lettres de voiture. »

Troisième jugement (du tribunal de Versailles, en date du 6 décembre 1855), qui donne tort à la régie; troisième pourvoi, toujours pour violation des articles 12 de la loi du 13 brumaire an VII, du décret impérial du 3 janvier 1809, des articles 6 et 7 de la loi du 11 juillet 1842.

L'affaire arrivait en cet état devant les chambres réunies.

Le premier point à examiner était de savoir si l'on devait considérer comme acquis au procès les faits déclarés par le tribunal de la Seine, en ce qui se rapportait à ces pièces nouvelles dont il avait été tiré si grand parti. Le doute pouvait

[1] *Bulletin civil des arrêts de la Cour de cassation*, 1855, p. 37.
[2] *Bulletin civil*, loc. cit. — Dalloz, 1855, 1, 178.

Digitized by Google

naître de ce que le jugement du tribunal de Versailles, beaucoup moins développé que les deux premiers, s'était borné à dire, sans entrer dans le détail des faits : « De l'examen et de l'appréciation des dix-huit écrits saisis, il résulte que ces écrits constituent, non point des lettres de voiture ni des actes destinés à équivaloir à des lettres de voiture ou à en tenir lieu, mais bien de simples pièces d'ordre et de comptabilité intérieure ; que dès lors ils n'étaient pas soumis à la loi du timbre.» Dans ce silence du nouveau jugement sur les faits déclarés par le tribunal de la Seine, pouvait-on remonter à celui-ci?

Oui, semblait-il bien. Si le jugement du tribunal de la Seine avait été cassé, c'était pour vice de forme : un tel motif n'impliquait aucun doute sur la vérité des faits déclarés. Tout au contraire, c'étaient précisément ces faits, constatés par le jugement, qui avaient entraîné la cassation. De telle sorte qu'à défaut du jugement, on aurait eu, pour établir l'existence et la production de ces pièces, l'arrêt lui-même [1]. Ajoutons que, si le jugement du tribunal ne contenait pas, à la différence de celui de la Seine, de déclaration à cet égard, il s'y référait implicitement. Enfin, ces pièces elles-mêmes étaient au dossier ; elles appartenaient à la cause.

En cet état, les écrits saisis constituaient-ils en réalité des lettres de voiture? C'était l'unique question du procès.

On se demandait bien parfois, en termes plus généraux, si, à supposer qu'ils ne fussent pas des lettres de voiture, ce n'étaient pas tout au moins des écrits faisant ou pouvant faire *titre*, et l'on citait l'article 12 de la loi du 13 brumaire an VII qui assujettit au timbre « ..... tous actes et écritures, extraits, copies ou expéditions soit publics, soit privés, *devant ou pouvant faire* titre, *ou être produits pour obligation, décharge, justification, demande ou défense.* » Si ces feuilles n'étaient pas destinées à faire titre pour l'expéditeur contre la compagnie, ni pour la compagnie contre l'expéditeur, toujours était-il, de l'aveu de la compagnie elle-même, qu'elles lui servaient de moyen de surveillance et de contrôle contre le conducteur du train, et constituaient ainsi, pouvait-on dire, *son titre contre lui.*

La réponse était qu'à supposer que l'on pût distinguer entre la compagnie et ses agents, ou qu'il ne répugnât pas d'imaginer

[1] L'arrêt du 31 janvier 1855.

Digitized by Google

des titres faits par la compagnie à la fois pour et contre elle-même, ce n'était point sur cette cause générale que les poursuites étaient fondées, mais bien sur le caractère particulier des écrits dont il s'agissait et sur les dispositions spéciales aux lettres de voiture, c'est-à-dire sur le décret impérial du 3 janvier 1809, et les articles 6 et 7 de la loi du 11 juillet 1842. A la vérité, on citait bien aussi l'article 12 de la loi de brumaire, mais seulement par rapport à la lettre de voiture, ce qu'expliquaient suffisamment les autres dispositions invoquées. La poursuite était une, et aussi le pourvoi; il y avait *titre* en tant qu'il y avait *lettre de voiture*, et pas autrement.

En effet, quel droit avait toujours été réclamé? C'était l'amende de trente francs, prononcée par la loi du 11 juin 1842[1], amende particulière aux contraventions en matière de lettre de voiture, et plus forte que l'amende ordinaire, laquelle, d'après l'article 26 de la loi du 13 brumaire an VII, modifié par l'article 10 de celle du 16 juin 1824, n'est que de 5 francs[2]. et ce n'est pas l'amende seule qui diffère, il en est ainsi du papier que l'administration fournit pour cet usage, ou de la forme du timbre si l'on se sert de papier timbré à l'extraordinaire. Pour prévenir ou déjouer les contrefaçons, la loi de 1842 a exigé l'apposition d'un double timbre : *timbre noir* et *timbre sec*; les lettres de voiture qui ne porteraient qu'un seul timbre, seraient en contravention, tout aussi bien que celles qui n'en porteraient aucun[3].

Force était donc de s'en tenir aux lettres de voiture.

Or, qu'est-ce enfin qu'une lettre de voiture? quel est son objet et quel est son but? quelles sont, par suite, ses formes ou conditions essentielles?

La loi elle-même répond (art. 101 C. comm.) : « La lettre de voiture forme un contrat entre l'expéditeur et le voiturier, ou entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier. » La rédaction n'est peut-être pas parfaitement exacte : la lettre de

[1] Art. 7 : « Pour toute lettre de voiture ou connaissement non timbré ou non frappé du timbre noir et du timbre sec, la contravention sera punie d'une amende de 30 francs, payable solidairement par l'expéditeur et par le voiturier, s'il s'agit d'une lettre de voiture, et par le chargeur et le capitaine, s'il s'agit de connaissement. »

[2] V., sur les changements apportés par la loi du 11 juin 1842, une instruction de la régie du 23 juin de la même année. (Dalloz, *Répert.*, v° *Enregistrement*, n° 6088.)

[3] Même instruction.

Digitized by Google

voiture n'est pas le *contrat;* elle est l'*instrument* du contrat, l'acte qui le constate; mais il n'importe, on voit déjà entre quelles parties elle intervient; et de ces parties, la première, c'est l'*expéditeur*. L'expéditeur concourt donc essentiellement à la lettre de voiture comme au contrat même qu'elle constate.

« *Lettre de voiture.* On nomme ainsi la lettre *remise au voiturier par l'expéditeur,* dans laquelle se trouvent constatées les conditions auxquelles doit être effectué le transport dont une partie se charge envers l'autre [1]. » — « Les parties sont libres de régler les conditions auxquelles doit être effectué le transport dont l'une se charge envers l'autre. Ces conditions sont *assez ordinairement* (l'auteur ne considère donc pas la lettre de voiture comme indispensable; il le dit d'ailleurs un peu plus loin) constatées par une lettre de voiture *remise au voiturier par l'expéditeur* [2]. » — « Cet acte, *rédigé par l'expéditeur seul,* etc. [3] » On pourrait multiplier les citations.

L'*expéditeur,* voilà donc le premier figurant à la lettre de voiture. Quant au *destinataire,* la loi, dans l'article 101, ne le nomme pas : il ne parle pas en effet au contrat; il n'y est pas; mais tout se fait en vue de cet absent. C'est à lui que la *lettre* de voiture est adressée (elle est, je suppose, appelée *lettre,* à cause de cela); s'il ne stipule pas, c'est que l'expéditeur stipule pour lui. Il est si vrai qu'en réalité il y est partie, et même partie essentielle, que cette lettre, soit qu'on lui en envoie un double qui précède l'arrivée des marchandises, soit qu'il attende l'exemplaire qui est aux mains du voiturier, sera son titre pour se faire remettre ces marchandises, et que, de son côté, lorsqu'il les aura reçues, ce sera lui qui donnera décharge au voiturier, sur cette lettre même. Le rôle de l'expéditeur est fini lorsqu'il a remis la lettre de voiture au voiturier et qu'il en a transmis le double au destinataire, ou qu'il s'est borné, comme il arrive le plus souvent, à lui donner avis; désormais, c'est entre le destinataire et les agents du transport que tout va se régler.

La loi le sait bien, et c'est en considération de cet objet et de ce but de la lettre de voiture qu'elle en détermine les formes et qu'elle énumère (art. 102 C. comm.) les énonciations que cette

[1] Dalloz, *Répert.*, v° *Lettre de voiture.*
[2] Pardessus, *Cours de droit commercial,* t. II, n° 538.
[3] *Ibid.* n° 540.

Digitized by Google

lettre doit contenir. Seulement, ces énonciations ne sont pas toutes d'égale importance; il n'en est même aucune, en particulier, pour laquelle, en cas d'omission, la loi prononce la nullité; il suffit que les conditions substantielles s'y trouvent, et c'est au juge, qui connaît l'objet et la destination de la lettre de voiture, à apprécier quelles sont, parmi ces nombreuses indications, celles qui tiennent à la substance même de l'acte.

Telle est la règle que la Cour de cassation s'est toujours proposée et qu'elle a toujours maintenue avec soin dans les tribunaux. Ne s'agit-il que d'énonciations utiles sans doute, mais dont l'absence ne fait point perdre à la lettre son caractère constitutif, la Cour, nous l'avons vu[1], reconnaît, malgré ce qui y manque, la lettre de voiture à ce qui y reste. Mais si ce sont les conditions essentielles qui font défaut, comment l'acte pourrait-il continuer à subsister? Cette distinction est vraie en toute matière; on peut voir l'application que la jurisprudence en a faite à celle qui nous occupe, dans divers arrêts des 10 juillet 1849[2], 17 juin 1853[3], 21 juin 1854[4]; et déjà les premiers arrêts de 1846, l'arrêt même du 3 janvier 1853, quoique rendus en sens inverse, proclamaient dans leurs considérants la même doctrine. Il faut toujours[5] « que la lettre de voiture..... constate les engagements réciproques et fournisse les moyens de les ramener à exécution[6]; »—« quels que soient les formes et les termes de la lettre de voiture, elle doit, pour être telle, former ou être destinée à former un contrat entre l'expéditeur de la marchandise et le commissionnaire ou le voiturier chargés de la transporter ou faire transporter; » autrement, elle n'est pas *lettre de voiture*[7]!

[1] Ci-dessus, arrêts de 1846, et, dans la cause même, l'arrêt de 1853.
[2] Dalloz, 1, 238.
[3] 53, 1, 204.
[4] 54, 1, 394.
[5] Dit arrêt du 7 juin 1853.
[6] Dit arrêt, 21 juin 1854.
[7] « Qu'entend-on par une lettre de voiture? disait M. Merlin à l'audience de la chambre des requêtes du 21 pluviôse an IX (*Questions de droit*, v° *Voiture* (*lettre de*), § 11). C'est une lettre ouverte, qui contient un état des choses qu'un voiturier dénommé est chargé de conduire à la personne à laquelle elles sont envoyées. Et quel est l'objet de cette lettre? C'est de procurer au voiturier le moyen de faire sur sa route les déclarations que la loi ou la police peuvent exiger de lui, relativement à la nature de son chargement; c'est de constater ses engagements envers la personne à laquelle son

Digitized by Google

Il suffisait de rappeler ces principes, après cela la question était résolue. Comment, en effet, trouver un contrat là où le chemin de fer figure seul? Dans ces papiers qui ne se rapportent qu'à lui, où est l'expéditeur? où est le destinataire? ils y sont aussi étrangers l'un que l'autre; ils ne les voient, ni ne les connaissent; le chemin de fer les fait tout seul, s'en sert tout seul, ils ne sortent pas de ses mains, et ils cessent d'être quand il n'en a plus besoin.

On a essayé à diverses reprises, de rendre l'usage des lettres de voiture obligatoire pour les chemins de fer. Comment l'entendait-on? c'étaient des lettres de voiture dans le sens et la forme ordinaires. Le cahier des charges proposé pour la compagnie du chemin de fer d'Orléans à Bordeaux, contenait un article (l'art. 26) ainsi conçu : « Toute expédition de marchandises dont le poids, sous un même emballage, excédera 20 kilogrammes, sera constatée par une lettre de voiture dont un exemplaire restera aux mains de la compagnie, *et l'autre aux mains de l'expéditeur.* »

La chambre des députés l'adopta, mais en y ajoutant la disposition suivante (art. 27) : « La lettre de voiture mentionnée dans le dernier paragraphe de l'article précédent, ne sera délivrée

chargement est destiné; c'est aussi de déterminer le salaire qui lui sera dû à son arrivée. Il faut donc que la lettre de voiture soit remise au voiturier et qu'il en soit porteur. » De la première partie de cette définition : *faire sur la route les déclarations que la loi ou la police exigent*, on tirait la conséquence que les feuilles remises aux conducteurs de trains étaient des lettres de voiture, ces conducteurs pouvant s'en aider pour faire ces déclarations à leur passage. Mais il faut remarquer que ce n'est là que le moindre intérêt des lettres de voiture. Après en avoir dit un mot, M. Merlin parle surtout de leur destination principale, qui est de constater les engagements du voiturier envers le destinataire, et de donner au voiturier lui-même les moyens de se faire payer de ce qui lui est dû. Et c'est aussi sur quoi insistent les arrêts, qui empruntent à M. Merlin sa définition, par exemple l'arrêt du 7 juin 1853, cité plus haut, ou bien un arrêt du 10 juillet 1849, au rapport de M. Laborie (Dalloz, 49, 1, 238):

« Attendu, en droit, que l'on doit reconnaître ce caractère (d'une lettre de voiture) à toute lettre ouverte contenant un état des choses confiées à un voiturier pour être conduites à la personne à qui elles sont envoyées, et ayant pour objet de procurer au voiturier le moyen de faire sur sa route les déclarations exigées par la loi ou la police relativement à la nature du chargement, *de constater ses engagements, soit envers l'expéditeur, soit envers le destinataire, et de régler le salaire qui lui sera dû pour le transport effectué.* »

Digitized by Google

que sur la demande de l'expéditeur[1]. » De même, pour le chemin de fer de Nîmes à Montpellier[2] : « une lettre de voiture *sera délivrée à l'expéditeur sur sa demande.* » De même, pour le chemin de fer de Lyon[3] : « Toute expédition de marchandises dont le poids, etc. sera constatée, *si l'expéditeur le demande*, par une lettre de voiture. » Je ne cite pas ces textes pour prouver qu'on n'a pas voulu soumettre les chemins de fer à l'usage forcé des lettres de voiture (c'est pourtant ce qui en résulte, et cette preuve est d'une grande importance, car une fois admis que ces feuilles indispensables aux compagnies pour leur administration intérieure, sont des lettres de voiture, les lettres de voiture seraient obligatoires, de fait[4]); je n'y prends que la preuve que les lettres

[1] *Moniteur* du 18 juin 1844, p. 1801.

[2] *Moniteur* du 22 mai 1844, p. 1451.

[3] Art. 46.

[4] A cet égard, le nouvel arrêt des chambres réunies explique ou rectifie la première partie de l'arrêt du 3 janvier 1853. On semblait y dire, sans que ce fût d'ailleurs la question du procès, que l'usage des lettres de voiture était obligatoire pour les chemins de fer; le nouvel arrêt dit le contraire en termes formels. En voici le texte, qui ne se trouve encore dans aucun recueil :

« Ouï en son rapport M. Bresson, conseiller; Me Moutard-Martin, pour l'administration de l'enregistrement et des domaines, demanderesse en cassation; Mes Fabre et Beauvoir de Vaux pour la compagnie du chemin de fer, défenderesse en leurs observations; et M. le premier avocat général de Marnas, en ses conclusions;

« Après en avoir délibéré en la chambre du conseil;

« Attendu en droit que la lettre de voiture ne saurait exister sans une convention intervenue entre l'expéditeur, le commissionnaire et le voiturier; que c'est ce qui résulte de l'article 101 du Code de commerce; que, de plus, il est de l'essence de ce contrat que ladite lettre soit adressée au destinataire, à qui le voiturier doit la présenter;

« Attendu que l'on ne rencontre dans *les* 18 *feuilles d'expédition* dont il s'agit au procès aucun de ces caractères ni aucune de ces conditions; qu'il est prouvé par les documents actuels de la cause et par les nouveaux éclaircissements qui en ont précisé le sens, que ces feuilles d'expédition ne sont que des pièces de comptabilité intérieure pour la compagnie du chemin de fer de l'Ouest; qu'elles ne sont pas destinées à sortir des mains de ses agents et à être produites aux tiers; que, d'une part, elles ne sont pas dressées sur la demande des expéditeurs, lesquels y restent entièrement étrangers; que, d'autre part, elles ne sont jamais produites aux destinataires; qu'ainsi elles sont toute autre chose que la lettre de voiture; qu'elles n'en renferment ni par équipollent ni autrement les éléments constitutifs; qu'elles n'en ont pas l'objet et ne sauraient en atteindre le but;

« Que si le système de la régie était admis, on ferait arbitrairement résulter le contrat de lettre de voiture, non du concours de deux ou plusieurs

Digitized by Google

de voiture ne changent pas de nature dans leur application aux chemins de fer. L'*expéditeur* y est toujours partie principale ; personne, assurément, n'eût admis l'idée d'une lettre de voiture sans rapport avec l'expéditeur.

Et comment cela pourrait-il être? La question, réduite à ces termes, se résout d'un seul mot. La loi du 11 juin 1842, que la régie invoquait, dispose dans l'article même (l'art. 7) qu'elle disait avoir été violé : l'amende encourue en cas de contravention sera « payable solidairement *par l'expéditeur et le voiturier.* » Par l'expéditeur! cela le regarde donc, puisqu'il est puni, si ce n'a pas été bien fait ; or, je le demande, le moyen de condamner l'expéditeur pour défaut de timbre sur une lettre de voiture, s'il n'est pour rien dans cette lettre de voiture, et que, timbrée ou non, tout s'y fasse sans lui! Aussi, la régie ne poursuivait-elle pas l'*expéditeur*, et il est vrai qu'elle aurait beaucoup à faire, car il y a bien des expéditeurs dans un seul convoi à grande vitesse! Sans doute, le chemin de fer lui offrait des garanties plus que suffisantes, et elle n'avait pas besoin de chercher d'autres répondants; mais, en droit, l'observation n'en subsiste pas moins. Elle prouve, jusqu'à l'évidence, qu'un écrit ou im-

volontés, mais d'un acte purement unilatéral, et qu'on l'imposerait aux parties malgré elles et à leur insu;

« Qu'il est cependant certain, tout au moins en ce qui concerne l'industrie des chemins de fer, que la lettre de voiture n'est pas une forme obligatoire de la convention de transporter des marchandises; qu'elle n'en est qu'une forme facultative; que l'expéditeur peut en choisir une autre et, par exemple, donner la préférence à un simple récépissé à lui délivré par la compagnie; que telles sont les dispositions formelles de l'article 50 de l'ordonnance réglementaire du 15 novembre 1846, ainsi que de toute la législation sur les chemins de fer et les cahiers de charges des compagnies;

« Attendu que ces dispositions, et par suite l'option qu'elles autorisent, demeureraient sans valeur si l'on devait nécessairement assimiler les feuilles d'expédition à des lettres de voiture; qu'en effet, ces feuilles étant toujours indispensables pour accompagner le changement et prévenir les erreurs de comptabilité, il arriverait qu'il y aurait lettre de voiture dans tous les cas, et alors même que les parties, usant de leur droit, n'en auraient pas voulu; qu'une telle conséquence est inadmissible;

« Que dès lors, en décidant que les dix-huit écrits saisis constituent non point des lettres de voiture ni des actes destinés à équivaloir à des lettres de voiture, mais des pièces d'ordre ou de comptabilité intérieure, le tribunal de Versailles, loin de violer aucune loi, a fait, au contraire, une saine appréciation des principes de la matière;

« Par ces motifs, la Cour rejette le pourvoi de l'administration de l'enregistrement et des domaines, etc. »

Digitized by Google

primé auquel l'expéditeur reste étranger, n'est pas une lettre de voiture.

Je me suis peut-être arrêté trop longtemps sur cette affaire, mais elle est un exemple remarquable du soin avec lequel les arrêts ont besoin d'être étudiés. C'est bien toujours le mot de l'ancien jurisconsulte : *Modica facti differentia magnam inducit juris diversitatem!* Et même ce ne sont pas seulement les faits qui changent, et le droit, avec eux ; quelquefois les faits restent les mêmes, mais ils ont changé d'aspect. Un éclaircissement, une simple explication peut y suffire. Le juge ne voit que ce qu'on lui montre ; il n'a pas la prétention de deviner. Plutôt que de courir au-devant de la vérité, il croit plus sûr de l'attendre, prompt à la saisir dès qu'elle se révèle. Chaque arrêt veut donc être étudié comme il a été rendu, dans son espèce. Même en ce qu'il semble avoir de plus général, il faut toujours le ramener au cas particulier. C'est ce qui fait de la jurisprudence une science qui n'exige pas moins de sagacité que d'attention et de prudence. Sous ce rapport, on peut dire que ce n'est pas seulement une *science* [1], mais aussi *un art* [2] ; car en même temps qu'elle suppose une étude approfondie, une connaissance complète, rien n'étant plus dangereux, en cela aussi, que le demi-savoir, il y faut un esprit souple et délié qui sache distinguer les nuances et tienne grand compte des différences, quelquefois même des plus délicates.

C'est ainsi que la jurisprudence est vraiment progressive. Ce qui ne veut pas dire qu'il lui soit permis de s'écarter de la loi, sous prétexte de se mettre mieux en rapport avec les idées et les besoins ; mais elle marche avec les faits, et elle sait trouver dans la fécondité des principes la variété nécessaire des conséquences.

NICIAS GAILLARD.

[1] Justi atque injusti *scientia*. (L. 10, § *fin.*, ff., *De just. et jure.*)
[2] *Ars* æqui et boni. (L. 1, ff., *De just. et jure.*)

Digitized by Google

DE LA SCIENCE DU DROIT CRIMINEL EN ITALIE,

Par M. Panattoni, avocat à Florence.

Traduit de l'italien par M. Amb. Ventz, substitut du procureur général, à Amiens.

Dans ce peu de lignes que je jette à la hâte sur le papier, je n'ai point la prétention de composer un tableau historique et critique de la législation et de la jurisprudence criminelle en Italie. Je veux seulement en donner quelques traits à un magistrat français qui désire avoir une esquisse bibliographique sur nos criminalistes les plus connus.

Il est agréable de rencontrer un Français qui s'occupe des productions de notre pays. Il semble que les analogies et la sympathie des deux peuples devraient amener plus de réciprocité dans les études et les communications. Mais les Italiens recherchent, avec exagération peut-être, tout ce qui vient de France, tandis que la langue et les productions italiennes sont un peu moins étudiées en France qu'en Allemagne et en Angleterre [1]. Il n'est point rare que les journaux du royaume Lombard-Vénitien traduisent des fragments de jurisconsultes allemands, versés dans la connaissance des doctrines anciennes et nouvelles de notre Péninsule. C'est ainsi que *la Thémis* s'est enrichie d'articles originaux de M. Mittermaier, et a rendu compte d'opinions émises par le même écrivain dans les journaux d'Heidelberg, sur l'état des doctrines juridiques parmi nous.

Au contraire, dans la bibliographie qui précède *le Diction-*

[1] Ce reproche est fondé, nous devons le reconnaître; mais on peut signaler une légère réaction contre l'indifférence regrettable qu'avait rencontrée chez nous l'étude des travaux de l'Italie. Déjà, dans cette revue, M. Flottard a publié une étude sur les différentes législations pénales de l'Italie. Il y a été aussi rendu compte de la traduction que ce même auteur a faite d'une partie des œuvres du savant magistrat napolitain, M. Niccolà Nicolini. En ouvrant ses colonnes au travail de M. Panattoni, la *Revue* s'estime heureuse de favoriser encore cette nouvelle direction des études juridiques. Des circonstances indépendantes de notre volonté ont apporté dans la publication de ce travail un retard considérable que M. Panattoni voudra bien excuser, nous l'espérons. (*Note du traducteur.*)

Digitized by Google

naire de droit criminel, de M. Morin, on ne trouve aucune trace des criminalistes italiens. C'est à peine si l'on y mentionne *Filangieri* comme écrivain *publiciste*. Cependant, dans une compilation de ce genre, les maîtres de la science ne devaient point rester ignorés, en commençant par Beccaria, qui fut commenté par Voltaire.

Mais je dois rendre justice à MM. Chauveau et Hélie : dans la bibliographie qui précède leur *Théorie du Code pénal*, non-seulement ils indiquent les codes d'Italie, dont ils parlent de nouveau dans leur *Commentaire*, mais encore ils mentionnent, et le plus souvent avec exactitude, un nombre convenable d'auteurs italiens, assez rapprochés même de notre époque.

J'ai donc à faire une revue succincte des progrès de la science criminelle et des auteurs italiens dont les ouvrages sont le plus connus. Peut-être m'en échappera-t-il quelqu'un, et je demande qu'on veuille bien y suppléer. Peut-être en passerai-je involontairement sous silence, car il n'est point facile de connaître tous les livres qui s'impriment dans les divers États de notre Italie, où n'existent ni lien ni relation fédérale, et où le commerce de la librairie rencontre des difficultés de toute sorte.

Les matières criminelles étaient cultivées en Italie, avec une érudition dont il reste des traces, même aux siècles passés, malgré les lois de fer, les procédures secrètes et les institutions arbitraires qui florissaient alors. Je ne m'arrêterai point à rapporter le grand nombre des jurisconsultes qui, en employant toutes les ressources de leur intelligence, et maniant les principes d'équité du droit romain et du droit canonique, introduisaient dans les matières criminelles des germes fort utiles, et préparaient des matériaux pour la jurisprudence. Mais je rappellerai qu'à partir du XVe siècle nous rencontrons : *Alberto Gandini*, *Angelo Gambilioni d'Arezzo*, *Ippolito de' Marsilj*, *Giulio Claro*, *Bajardo*, *Tibèrio Deciano*, *Bonifacio de' Vitalini*, *Bossio*, *Menochio*, *Farinaccio*, *Caballo*, *de Ameno*, *Tapia*, *Roviti*, *Conciolo*, *de' Rosa*, *Bassano*, *Guazzini*, *Rainaldo*, *Gizzarelli*, *Anaradei*, *Cartario*, *de' Balli*, *Ambrosini*, *Marciano*, *Moscatello*, *Ursaia*, *Bonfini*, *Savelli*, *Cospi*, *Peregrini*, *Mirogli*, *Zacchia*, et beaucoup d'autres dont les ouvrages, le plus souvent écrits en latin, sont en partie rappelés par les historiens de la littérature italienne et de la jurisprudence, dont un plus grand nombre est mentionné dans les grands catalogues ou biblio-

Digitized by Google

thèques, et qui sont tous les jours produits au barreau parce qu'ils se trouvent habituellement entre les mains des avocats et des juges.

Cependant la doctrine de ces auteurs et de ces praticiens, et même l'étude de quelques commentateurs ne constituaient pas un système scientifique. Les avis et citations de tant d'autres juristes, bien qu'ils ne fussent pas dépourvus de science et de subtilité scolastique, n'étaient que des tentatives fort habiles pour tempérer, par une critique pleine d'humanité, la barbarie des lois, la cruauté et l'arbitraire de la justice de ces temps. *Francesco Maradei*, dans ses *Animadversiones de pœnis temperandis*, n'avait pas classé moins de quarante causes d'atténuation dans l'application des peines.

Un tel amas de livres de lois ne pouvait point échapper au reproche d'avoir quelques défauts, comme le dit le savant *Muratori* dans sa Dissertation sur la jurisprudence, défauts que *Rapolla* tenta d'excuser en prenant la défense de la jurisprudence, mais qu'on ne pouvait point dissimuler entièrement. Toutefois, il faut reconnaître que les matériaux étaient en grande partie déjà recueillis, tellement que dès avant la moitié du XVIIIe siècle, et quand surgirent la nouvelle philosophie et les méthodes rationnelles, il était facile en Italie de composer l'édifice de la science juridique. *Caravita* avait fait un premier pas dans ses Institutes criminelles, publiées à Naples en 1760.

A peine le réveil de la philosophie fut-il propagé en France, dans le siècle dernier, qu'il fut aussitôt compris et suivi en Italie : la législation et la jurisprudence en ressentirent de prompts et féconds avantages. Aujourd'hui, l'on déclame beaucoup contre la philosophie du siècle passé; on l'accuse volontiers d'être subversive et sensualiste. Il faudrait cependant lui être reconnaissant de ce qu'elle a renversé de nombreux restes de barbarie, et d'avoir compris la vérité d'une manière pratique, puisque cette philosophie a réussi à susciter partout d'utiles réformes et de généreuses doctrines que les métaphysiciens modernes pourront rectifier, mais qu'ils n'auraient eu alors ni le talent ni la force de produire.

Je ne dirai rien des services que rendirent encore aux sciences juridiques *Genovesi* et d'autres écrivains, et d'une manière au moins indirecte l'école classique de nos économistes. Mais la philosophie du droit était pressentie par nos jurisconsultes, qui

Digitized by Google

depuis longtemps s'appliquaient à concilier l'autorité des maîtres et la recherche des principes. Dès le XVIe siècle, une première clarté se répandait sur cette philosophie dans les écrits du Piémontais *Botero* et du Napolitain *Bergamini*, qui s'étaient aussi occupés de lois pénales. Plus tard, *Vico* inventait la méthode pour perfectionner ces études dans son ouvrage classique *De universo juris principio et fine uno*. C'est alors que le réveil du siècle passé se propageant, *Gennaro* excitait les esprits en publiant son livre la *Respublica jurisconsultorum*. *Gian Vincenzo Gravina*, *De origine juris*, restaurait les études savantes et rajeunissait la jurisprudence romaine. A cela tendaient aussi les ouvrages de droit civil publiés en Toscane par le professeur *Averani*, par *Guadagni* dans ses Institutes, par les recherches historiques de *Grandi* sur les Pandectes. *Selvaggi* abordait la critique des lois : *Burlamacchi*, *De Felice*, *Lampredi* et *Spedalieri* donnaient une face nouvelle au droit naturel et au droit public. Leurs théories et leurs exemples étaient un encouragement et un guide pour les études pénales.

Mais l'Europe, non moins que l'Italie, s'émut en 1776 à l'apparition de l'ouvrage de *Beccaria* sur les délits et les peines [1]. On peut dire que ce fut le véritable moment où le droit criminel commença à prendre l'aspect d'une science rationnelle. Le livre de Beccaria fut traduit dans toutes les langues, aussitôt commenté par Voltaire, et il eut encore dans le siècle actuel un nouveau commentaire de l'avocat florentin *Paolini*.

Pour apprécier exactement le mérite de Beccaria, il faut se reporter aux temps où il écrivit. Il faut remarquer que lui, qui était en même temps économiste, écrivit en philosophe et en publiciste, et se préoccupa peu des usages des tribunaux, tandis que les jurisconsultes d'alors ne songeaient point à tant. Il apprit à rechercher et discuter l'origine du droit de punir, et la tira du besoin de protéger le pacte social; il montra le caractère exemplaire de la peine, son but qui est de prévenir les nouveaux délits; quelle en est la mesure légale et non arbitraire, la base de l'imputabilité reposant sur le préjudice social plutôt que sur l'élément moral de la faute; il posa la distinction entre le délit consommé et le délit manqué, entre ceux-ci et la complicité; il proclama la publicité des jugements, la douceur

[1] Voy. la nouvelle édition de ce livre, publiée en 1856 par M. Faustin Hélie, avec une introduction et un commentaire.

Digitized by Google

et la certitude des punitions, et l'usage modéré de la clémence. *Saint Thomas d'Aquin* et *Campanella*, même avant *Bodin*, avaient fait découler les lois du droit naturel, mais en le combinant avec les besoins des pays et des peuples, et ce système fut suivi par *Borromini*, qui l'appliqua aussi aux lois pénales, et que plus tard *Montesquieu* développa avec toute son érudition. Mais Beccaria, par ses recherches, ramena la question à un principe rationnel, en démontrant qu'il existe des droits absolus qui doivent être respectés, même dans l'établissement des lois pénales. Alors, comme maintenant, Beccaria ne fut point réfuté, si ce n'est par quelque plume de moine. Il est à regretter que M. Lherminier, dans son *Introduction à l'histoire du droit*, ait traité Beccaria avec autant de légèreté, jusqu'à ce point de relever des taches de simple forme, sans apprécier justement l'importance de l'ouvrage, surtout en tenant compte de l'époque et des circonstances dans lesquelles il fut publié.

Depuis ce temps, la réforme du droit criminel fut applaudie et enseignée dans toute l'Italie. Dans les Deux-Siciles et en Toscane, les gouvernements s'empressèrent d'abolir successivement beaucoup de pratiques judiciaires barbares : il parut même un édit papal plus humain que les précédents. Mais tout fut éclipsé par la *loi Léopoldine* du 30 novembre 1786. Si cette loi ne fut pas précise et complète comme *code*, parce que l'art de faire des codes n'était point encore connu, elle n'en parut pas moins riche de principes, sage et modérée dans la qualification et l'imputation des délits, sobre et humaine dans la détermination de l'espèce et de la quotité des peines. Elle abolissait la peine de mort, et convertissait les crimes de lèse-majesté en simples attentats contre la sécurité de l'État. Elle fut annotée par *Tommaso Nani*, commentée par *Erhard* à Dresde, en 1791, et servit de texte aux *Institutions théoriques et pratiques* du savant magistrat *Jacopo Paoletti*. — L'instruction criminelle *léopoldine* ne cessa point d'être inquisitoriale, mais elle fut tempérée par un grand nombre de garanties légales. *Paoletti* lui-même publia des instructions et des formules pour diriger ceux qui instruisaient dans la composition exacte et impartiale des actes.

En attendant, la jurisprudence criminelle italienne faisait partout des progrès. *Filippo Briganti* avait publié à Naples une pratique criminelle dans laquelle, dès 1771, il préludait à d'u-

Digitized by Google

tiles réformes, spécialement pour les jugements. En 1777 il composa encore un examen du système légal où il commença, en traitant de la société, à relever les erreurs qui depuis ont été reprochées à Rousseau.

Filippo Renazzi, connu aussi par sa dissertation *De ordine seu formâ judiciorum criminalium*, imprimait à Rome, en 1774, ses *Éléments de droit criminel*. Ils sont précédés de prolégomènes, dont le Hollandais *Antonio Mathæi*, savant commentateur des titres criminels des Pandectes, avait encore seul donné l'exemple. Dans cet ouvrage, quoiqu'il ne tirât pas grand parti des découvertes de Beccaria sur le caractère et l'imputabilité du délit, cependant il soutint la douceur des peines, écrivit de manière à venir encore en aide à la pratique, et tenta de donner à la science criminelle la forme d'un système. Les *Eléments criminels* de Renazzi furent encore réduits en un compendium qui, depuis, a été traduit et annoté par le professeur *Luigi Zuppetta*, à Naples, en 1837.

En 1780 fut publié à Naples, par le *chevalier Filangieri*, un magnifique ouvrage : il avait pour titre *la Science de la législation*, parce qu'il tend d'une manière systématique à la réforme générale des lois, et c'est ainsi qu'il embrasse dans son plan même le droit criminel. Guidé par l'exemple de Vico, Filangieri consulta l'antiquité, mais suivant une méthode rationnelle et différente de celle de Montesquieu ; il suivit Platon pour la philosophie des lois, sans se faire l'écho de Beccaria ; il traça des règles dans le désir et le but de combattre l'arbitraire, mais il ne s'asservit pas à l'autorité des textes de Justinien. La base de son système pénal fut la plus grande épouvante du coupable et la plus grande sécurité de l'innocent. Dans les délits il distingua la gravité en raison de la faute et la qualité en raison du préjudice, et il proposa une classification des délits fondée sur la diversité des droits violés. Il pensa que la légitimité des peines devait dériver de la perte des droits pour l'accusé : et c'est ainsi qu'il crut légitime la peine de mort, que Beccaria avait rejetée parce qu'en s'appuyant sur le pacte social il croyait que l'homme ne pouvait point renoncer au droit de vivre. Filangieri ne se rattacha pas non plus à son prédécesseur dans la théorie de la proportion entre le délit et la peine, et dans la distinction entre le délit, la tentative et la complicité. Il soutint dans les jugements le système accusatoire, la liberté de l'ac-

Digitized by Google

cusation et de la défense, la distinction entre les juges du fait et du droit, et la rigueur des preuves, considérant comme arbitraire le jugement par conviction morale. M. Lherminier paraît faire plus de cas de Filangieri que de Beccaria, mais sur ce point tous les criminalistes italiens se rangeraient contre lui, au moins pour la partie pénale. Ensuite M. Lherminier ne réfléchit point que ce livre fut écrit en 1780. Aussi reproche-t-il à Filangieri son peu de profondeur, surtout dans la philosophie de l'histoire et dans ces autres recherches que le progrès successif des études a rendues plus faciles aux écrivains de notre siècle. Enfin ce même auteur paraît regarder Beccaria et Filangieri comme des prosélytes de la philosophie française, tandis que, s'ils ont pu se trouver peut-être réveillés par le philosophisme de ce temps, ils n'en ont pas moins écrit de leur propre inspiration, suivant les traditions italiennes, et animés d'un feu qui ne leur venait point du dehors, mais que leur inspirait le beau ciel de la patrie à laquelle ils appartenaient.

Paolo Risi, compatriote de Beccaria, jouit de quelque crédit pour avoir publié, dans le sens de la réforme pénale, ses *Animadversiones ad criminales institutiones*, et plus tard un autre opuscule, *De probationibus ad capitalia judicia necessariis.*

Après 1780, la question de la peine de mort fut très discutée et débattue. *Pinelli* avait écrit contre sa légitimité, qu'avait soutenue un mémoire de *M. Benardi;* mais en 1788, *Malanima*, professeur pisan, repoussa l'argumentation de ceux qui défendaient la sévérité des peines, en employant toutes les ressources de l'érudition, et spécialement celles que fournissent les textes sacrés, comme on peut le voir dans son *Commentaire philologique et critique sur les délits et les peines suivant le droit divin.*

Vers ce temps, *Alberto de' Simoni*, en écrivant en 1776 sur le vol et la peine qu'il mérite, avait traité ce sujet avec une érudition toute spéciale : cependant son livre n'eut point un renom égal à sa science, parce que les tribunaux n'y trouvaient point des doctrines accommodées à la pratique, et les réformateurs n'y voyaient pas toujours leurs tendances secondées. En 1785, il écrivit sur *I Delitti di mero affetto :* dans ce livre, il se montra criminaliste rationnel et psychologue. Mais il se fit peut-être trop l'adversaire de Beccaria en favorisant l'arbitraire du juge, et en admettant presque les preuves privilégiées que cet

Digitized by Google

auteur avait combattues même dans les délits d'un caractère occulte.

Nous devons ensuite rappeler d'autres traités importants de droit criminel : ainsi un savant travail du Napolitain *Ferranti* sur la loi *Remmia*, ou sur la calomnie ; les opuscules écrits avec finesse sur divers sujets par *Biondi*, président du tribunal criminel suprême à Florence ; le bel essai *De judiciis* du Lombard *T. Nani*, connu moins pour ses Observations sur la législation criminelle léopoldine que pour quelques annotations sur Ant. Mathei ; les ouvrages du savant et malheureux *Mario Pagano* de Naples, qui, après avoir suivi les doctrines de Beccaria dans ses *Saggj politici*, écrivit des éléments de droit criminel et un projet de Code pénal, et dans ses Considérations sur l'information criminelle, combattit les abus de la procédure et des jugements.

Il y aurait une satisfaction pour l'amour-propre national, mais cela sortirait peut-être du cercle de cette courte esquisse, à rappeler le grand nombre d'écrivains qui contribuèrent successivement en Italie à démontrer le besoin d'une réforme générale dans l'ordre législatif, judiciaire et économique. *M. Delfico*, en publiant à Naples, en 1791, ses *Recherches* sur le véritable caractère de la jurisprudence romaine et de ses adeptes, s'attacha à rompre (peut-être avec trop d'aversion contre le *romanisme*) le frein des vieilles doctrines de palais, et concourut à pousser encore le droit pénal dans une voie rationnelle.

A cette époque, *A. Cremani*, qui s'était annoncé dès 1775 en imprimant dans le Tessin un opuscule *De variâ jurisprudentia criminali apud diversas gentes, ejusque causis*, étant passé professeur à l'université de Pavie vers 1790, publia ses trois livres *De jure criminali* : cet ouvrage n'appartient pas à l'école philosophique et politique inaugurée par Beccaria, mais plutôt à l'école critique et judiciaire suivie par Renazzi. Aussi peut-on dire que les travaux de Cremani sont remplis de science légale, mais sans philosophie historique : ils se fondent principalement sur la justice et les distinctions juridiques, parmi lesquelles il faut remarquer la distinction entre le mal moral et le mal politique du délit. Aussi Cremani, quoiqu'il ne fût pas au rang des écrivains de premier ordre, laissa un ouvrage très-savant, et que l'on consulte toujours utilement dans la pratique des tribunaux.

Digitized by Google

Ce fut dans ce même Pavie qu'en 1791 *Gian Domenico Romagnosi* publia sa *Genesi del diritto penale*, ouvrage grandiose qui prouva de bonne heure l'esprit philosophique de ce remarquable et fécond auteur. Plus tard, dans une série de traités, il parut vouloir embrasser tout l'édifice des sciences juridiques, et fit preuve en même temps de connaissance dans les mathématiques, d'érudition dans la philosophie et l'histoire. Il introduisit dans les sciences morales la propriété rigoureuse du langage, péchant sur ce point par excès plutôt que par défaut. Il est superflu de rechercher en lui l'éclat de Beccaria et le sentiment de Filangieri : tout dans ses pages respire la sévérité de la science. Il repoussa les chimères de l'état de nature, qui s'identifie pour les hommes avec l'état de société civile; et comme la société est un état nécessaire, il doit y avoir pour sa conservation une *nécessité* de droits correspondants. L'ordre de raison de la société est la mesure des délits eux-mêmes. La peine tire donc sa valeur juridique de la nécessité de la conservation commune; elle ne doit être qualifiée ni d'expiation, ni de vengeance, ni de moyen d'utilité, mais bien de défense de l'existence commune de la société. Sur ce principe, Romagnosi établit la punissabilité des délits et la légitimité des peines; il admet aussi que les lois peuvent être modifiées suivant les circonstances de lieu et de temps, ce dont peut être juge le sens moral des peuples qui y sont intéressés. Cependant Romagnosi soutient que le délit porte en soi un mal intrinsèque, et il n'est point vrai qu'il néglige cet élément moral de l'imputabilité et de la punissabilité. Il a précisé, plus que Beccaria et Renazzi, la distinction du délit consommé et tenté et de la complicité, distinctions qui avaient encore été pressenties en Italie par Alciat. Mais il alla trop loin en soutenant que le mandant est, suivant la doctrine romaine, punissable même de ce que le mandataire a fait au delà de ses ordres. Romagnosi a été critiqué injustement par ceux qui lui ont reproché d'être partisan du sensualisme et des idées utilitaires : au contraire, il combattit (comme le fit plus tard *Lauria*) l'importance scientifique exagérée que Bentham sut donner au principe du sensualisme et de l'utilité. Romagnosi était métaphysicien dans la notion du délit et de la peine autant que ces criminalistes modernes qui mettent en avant le principe psychologique et le spiritualisme de la justice. Seulement il pensait que l'exercice

Digitized by Google

du droit de punir les actions extérieures avait un caractère plutôt politique que moral. Et sur ce point la question revient à voir lequel de ces deux principes contraires mérite la préférence en politique. L'ouvrage de Romagnosi, qui a échappé à M. Lherminier, excita une admiration universelle et constante. Il servit de guide, dans le royaume de Wurtemberg, à la composition du Code pénal.

Les agitations et variations politiques qui, sur la fin du dernier siècle et le commencement de celui-ci, s'appesantirent plusieurs fois sur notre péninsule, portèrent aussi le trouble dans les études juridiques, et firent rétrograder en même temps la législation pénale. En Toscane, la peine de mort avait été rétablie pour les séditions politiques depuis 1791, et la réforme publiée par Ferdinand III, le 30 août 1795, introduisit en matière de délits et de peines des dispositions plus précises, mais aussi plus sévères.

Giovanni Carmignani, jurisconsulte pisan, s'était frayé un chemin vers la chaire par un traité de jurisprudence pénale publié en 1795. Il approuvait alors la peine de mort que, mieux éclairé, il combattit plus tard, et dont il hâta l'abolition. En 1807 il avait publié ses *Elementa juris criminalis*, qui, perfectionnés après la restauration de 1814, devinrent le cours le plus célèbre d'institutions criminelles. Je reviendrai plus tard sur le compte de Carmignani.

Cependant la domination française, en se propageant dans l'Italie, y transportait les lois d'outre-monts. Mais la science des jurisconsultes italiens ne fut point une science servile : il est même remarquable que dans le royaume d'Italie les lois pénales furent discutées avec une liberté et une science qui durent émerveiller les nouveaux dominateurs. On peut consulter spécialement la *Collection des travaux pour les Codes du royaume d'Italie*, imprimée à Brescia en 1807. C'est alors que florissaient les Nani, les Renazzi, les Cremani, et plusieurs Toscans, parmi lesquels Paolini, Raffaelli; d'autres de Naples, et un grand nombre de célèbres criminalistes de divers pays, particulièrement Romagnosi, dans les ouvrages duquel on trouve aussi un projet de Code de procédure pénale.

L'attachement au principe de la publicité des jugements, et en même temps la modération des doctrines criminelles, poussèrent un jurisconsulte napolitain, *Vecchioni*, à publier en 1809

Digitized by Google

ses pensées sur une théorie de législation pénale : il y combattit quelques dispositions du Code pénal français, particulièrement sur la complicité. En 1812, le Sicilien *Foderà*, partisan des doctrines de Bentham, imprimait à Palerme un livre sur les principes de la législation criminelle et sur la réforme des Codes criminels. La domination française était à peine tombée dans la péninsule, qu'en 1814 *Pasquale Liberatore* publia à Naples un Essai sur la jurisprudence pénale du royaume, dans le but de provoquer la révision des Codes français, pour les mieux approprier aux traditions italiennes.

Cette œuvre de fusion des lois françaises et des doctrines nationales fut aussi soutenue dans le royaume d'Italie par *Alberici* qui publia en 1812 à Milan un commentaire sur le Code des délits et des peines. En 1813 *P. Dolce* imprima à Brescia son travail sur l'origine et les attributions du ministère public, qu'il croyait venir des institutions de l'ancienne Rome. *Tommaso Nani* publia aussi ses principes de jurisprudence criminelle qui tendaient à introduire dans cette branche des lois et de la doctrine une forme plus exacte et plus scientifique, et à tenir plus de compte de l'élément moral dans les crimes.

Les changements qui survinrent après le rétablissement des divers états d'Italie, amenèrent des lois différentes, et par suite des disparates dans le développement des doctrines de palais. Aussi je crois que maintenant pour rendre plus claire cette notice si courte, il faut donner séparément pour chaque pays une indication sommaire de ses Codes et de ses écrivains les plus connus.

I. Royaume Lombard-Vénitien.

Après 1814, le royaume Lombard-Vénitien étant passé sous la domination autrichienne, fut assujetti au Code pénal d'Autriche du 3 septembre 1803. On en publia en 1815 une traduction officielle, avec un appendice des dispositions contenues dans une série de bulletins successifs, comme c'est l'usage en cette matière. On sait que, parmi les peines, se trouvaient la prison *dure* et très-*dure*, les verges et le bâton. Vinrent ensuite les lois exceptionnelles et les commissions extraordinaires. Non-seulement la procédure pénale se basait sur une instruction rigoureusement inquisitoire, mais encore la forme des jugements redevint secrète et à huis clos.

Digitized by Google

Le célèbre avocat *Marocco* publia ses discours et plaidoyers antérieurs en même temps que quelques opuscules. Comme il admettait que la publicité des jugements n'était pas conciliable avec la monarchie, il fut sur ce point vigoureusement combattu par Romagnosi.

Cet auteur profond et abondant traitait du Droit naturel, administratif, philosophique, public, privé, etc., et parcourait successivement l'arbre entier des sciences juridiques. Dans le développement de sa Genèse du Droit pénal, il rechercha le moyen de prévenir les causes des délits; la meilleure distinction du dol et du préjudice, et aussi les altérations de l'intelligence ou des connaissances et celles de la volonté ou des passions; il s'attacha à faire une plus large application du principe de l'impulsion criminelle (*la spinta criminosa*) au délit, auquel il voulut qu'on adaptât et proportionnât la peine.

V. Barbacovi, qui avait écrit à Trieste en 1810 sur la mesure des peines et attaqué la théorie de Romagnosi sur la *Spinta criminosa*, publia un opuscule bien composé sur le calcul des suffrages ou votes des juges: mais il eut tort de proposer que le nombre des voix influât même sur l'espèce ou la qualité des peines. En 1824 il imprima successivement à Milan quelques discours estimés sur diverses parties de la législation.

Cependant l'école des criminalistes italiens resta presque paralysée dans le royaume Lombard-Vénitien, parce que les meilleurs jurisconsultes de ce pays n'avaient aucune occasion favorable de se distinguer dans ces matières. Quelques articles importants paraissaient toutefois de temps en temps dans les journaux scientifiques, comme la *Biblioteca italiana*, *gli Annali di Statistica*, *il Politennico* et d'autres. On peut aussi remarquer un écrit du *Cons. Anfossi* imprimé à Milan en 1839, sur l'étude et les premières notions propres à servir à la composition d'un nouveau Code de procédure pénale.

Ce fut surtout à l'approche des réformes politiques et civiles partout si mal menées à fin par la défiance des uns et par l'impatience des autres, que parurent quelques travaux qui préludaient à la résurrection des études juridiques. L'introduction à la *Jurisprudence philosophique*, publiée à Milan par le docteur *Ambrosioli* en 1846, fut un ouvrage important. Le Droit naturel, et la philosophie du Droit s'accrurent de ceux des pro-

Digitized by Google

fesseurs *Baldassare Poli*, et *Alessandro de Giorgi*. Lorsque ensuite le gouvernement autrichien, rentrant en possession du royaume Lombard-Vénitien, voulut introduire de larges améliorations dans la législation, on publia des écrits de très-grande valeur, parmi lesquels il faut signaler le *Cours élémentaire* de Droit pénal raisonné, donné à Padoue par le professeur *Tolomei* en 1849.

L'étude du Droit criminel se réveilla d'autant plus dans les pays italiens que l'Autriche avait donné la main à une *Réforme du Code pénal* qui ne fut réalisée que plus tard au moyen de la loi du 27 mai 1852. Déjà la procédure avait subi une rénovation complète dans diverses provinces de l'Empire, où un règlement du 17 janvier 1850 introduisait des règles analogues à la procédure judiciaire de France, sans en excepter l'institution des jurés. Mais lorsque la constitution politique fut supprimée, alors parurent les *Dispositions souveraines du* 31 *décembre* 1851 qui établirent aussi des modifications réactives en matière pénale. Cependant le Règlement général de procédure publié le 29 juillet 1853 maintint les formes de l'accusation, le débat et l'instruction orale, en supprimant la publicité.

Alors parurent au jour des livres, des monographies et des articles sur le droit criminel : on fonda des journaux estimables, parmi lesquels celui des *Sciences politiques et légales* édité à Milan par MM. *Po* et *Bellone*, auquel se réunit plus tard et succéda la *Gazette des tribunaux ;* de même l'*Écho des tribunaux* publié à Venise par MM. *Zaiotti* et *Diodati :* mais ceux-ci, lorsque les développements que demande la procédure criminelle furent entravés, suppléèrent au vide en divisant l'Écho en deux séries, une section pénale et une section civile. Le *Crepuscolo* de Milan a aussi donné quelquefois d'utiles bibliographies juridiques.

On vit alors briller de nouveaux noms, outre ceux des jurisconsultes déjà connus, parmi lesquels *Pagani, Saleri, Tommasoni, Basevi, Carcano, Tommasi,* et plusieurs autres que je voudrais citer si j'avais plus d'espace, et qui doivent leur réputation à leurs écrits et aux journaux que j'ai cités.

Le premier règlement de Procédure pénale publié en Autriche avait été annoté par le docteur *De Petris. D. Luigi Oldrati* publia sur le nouveau Code pénal des observations théoriques et pratiques ; et le docteur *Paride Zajotti,* directeur de

Digitized by Google

l'Écho, commenta le Règlement général de procédure du 29 juillet 1853.

En 1851, l'avocat *G. Toccagni* entreprit la publication d'une Bibliothèque choisie du Forum criminel, ou choix d'ouvrages, monographies et discours sur la matière.

M. *M. Mazzoleni* imprima un livre intitulé : *Nouveaux principes de Droit criminel.* — M. *Carcano* écrivit sur l'imputabilité, et les causes qui l'excluent. — Le docteur *Petri* publia un travail sur les Délits contre la justice publique. — Le docteur *Luigi Fornasini* imprima à Brescia un opuscule sur la réforme des prisons, demandée par la morale, la politique et l'hygiène. Ce thème de la réforme des prisons fut encore traité par le docteur *Carlo Cattaneo.*

Ces ouvrages de droit pénal et d'autres ont été examinés dans les journaux précités du royaume Lombard-Vénitien : on y trouve aussi des articles spéciaux d'autres écrivains distingués de ce pays.

On ne peut dissimuler pourtant qu'il s'introduit de ce côté un trop grand nombre des idées spéculatives et métaphysiques de l'école allemande. Ces écrivains, et rédacteurs d'articles, lorsqu'ils prennent pour base la législation réformée de l'empire d'Autriche, traitent quelquefois le droit criminel comme une science à faire, au lieu d'employer le trésor des doctrines nationales de telle façon que les idées exotiques puissent se confondre avec les idées italiennes, et en tirer avantage sans les anéantir.

Toutefois *G. Saleri* n'a point fait céder les principes scientifiques à cette tendance, comme on le remarque dans le mémoire posthume publié en 1852 sur les *différents systèmes philosophiques relatifs au droit de punir*; mémoire qui traite avec science et érudition des systèmes différents des philosophes et des jurisconsultes depuis l'antiquité jusqu'à nos jours.

II. Royaume Subalpin.

On avait remis en vigueur dans le royaume Subalpin le vieux Code sarde qui ne présentait rien de rationnel dans la répression des délits, et consacrait même l'usage des tenailles rougies au feu, de la roue et de la confiscation. D'un autre côté, quoique la procédure fût secrète, le droit de la défense

Digitized by Google

était complet : outre l'avocat des pauvres, vieille institution italienne, on donnait aux prévenus un avocat d'office.

En 1831, on entreprit quelques réformes pénales. Le 26 octobre 1839 fut publié le nouveau Code pénal sarde qui ressemble au Code pénal de France, mais avec beaucoup d'améliorations, parce qu'on mit à profit les expériences et les observations faites en Italie après l'introduction de la législation française.

Dès l'année 1828, l'avocat *Ferrero* avait donné l'impulsion aux études du Droit criminel, en imprimant un commentaire sur les délits et les peines, ou Manuel raisonné et analytique de jurisprudence.

Après la promulgation du nouveau Code, le professeur *Buniva* et l'avocat *Paroletti* s'occupèrent de publier, à Turin en 1840, un ouvrage intitulé : *le Code pénal expliqué et annoté.* Dans le même temps paraissaient à Alexandrie les *Tables synoptiques* du Code pénal, précédées d'annotations générales sur le Droit, par les soins de l'avocat *Omodeo*, et un manuel de jurisprudence pénale, suivant le nouveau Code et les *RR. Patenti*, ouvrage de M. *P. Isnardi.*

En 1848, l'avocat *Buoncompagni*, s'élevant aux plus hauts principes de la science, imprimait à Lugano une *Introduction à la jurisprudence philosophique.* L'avocat *Conforti* a écrit plus tard sur l'influence du sensualisme sur les législations criminelles de notre temps, et en particulier sur le Code sarde. Le professeur *Garelli* a traité des passions dans leurs rapports avec l'éducation, la morale et la jurisprudence criminelle.

D'autres publications sur le Droit pénal sont maintenant en cours d'exécution dans le royaume sarde. On y recueille aussi les décisions, dissertations et monographies où l'on retrouve particulièrement le fruit de l'expérience dans la pratique des lois. C'est ce but que poursuivait l'Appendice ou *Manuel de Droit pénal* qui parut à Genève.

Le *Progresso*, la *Rivista italiana* et le *Bullettino di scienze e lettere* de M. Predari, journaux qui ont cessé de paraître, les différentes revues actuelles, et le journal *Il Cimento* n'ont pas manqué de s'occuper parfois de questions juridiques : ces études ont aussi le concours d'autres feuilles périodiques à Turin et ailleurs; et parmi elles on doit signaler la *Gazette des tribunaux de Genève.* La digne *Académie de philosophie italienne* instituée

Digitized by Google

à Genève, n'a point manqué non plus de s'occuper de questions ayant trait au Droit pénal, ainsi qu'on peut le voir dans les *Saggi di filosofia civile* publiés par le professeur *Boccardo* secrétaire de l'Académie.

La réforme complète de la procédure criminelle, et son retour à la publicité complète, ont donné lieu dans les États sardes à des études et des discussions importantes. La réforme des systèmes pénitentiaires et particulièrement des prisons, et de l'emprisonnement cellulaire a occupé toute l'Italie et les congrès des savants. Elle fournit l'occasion à *Ilarione Pelitti* d'écrire sur la Réforme pénitentiaire, à M. *Massone* de publier un travail sur les inconvénients des travaux forcés dans les bagnes, et un autre en 1851 sur les Réformes pénales. Enfin, M. *Minghelli* a imprimé un travail à Turin en 1852 sur la réforme des prisons et l'Assistance publique.

En 1853, M. l'avocat *Poletti* publia un livre sur le Droit de punir et sur la tutelle pénale. Ce livre qui a paru trop humanitaire, tout en considérant la peine comme une sorte de vengeance pénale, voudrait y substituer une tutelle pénale qu'on exercerait sur les délinquants sans leur infliger aucun châtiment physique, et dans un but de pure réformation.

Nous devons rappeler ici quoiqu'il soit originaire du royaume de Naples, le professeur *Luigi Zuppetta*, exilé. Après avoir imprimé à Naples en 1841 ses leçons de lois pénales, il publie aujourd'hui dans les murs hospitaliers de Turin un *Cours complet de législation pénale comparée*, œuvre grandiose et qui consiste dans des observations historiques, philosophiques et légales sur le Code pénal et le Code de procédure criminelle des États sardes et de tous les autres États d'Italie, placés en regard les uns des autres.

De même les célèbres *Mamiani*, *Mancini* et *Scialoja* honorent aujourd'hui le Piémont où ils sont transplantés. *T. Mamiami della Rovere* connu dans la littérature, les sciences et la politique, actuellement président de l'académie de philosophie italienne, publiait à Naples, en 1841, plusieurs lettres sur la philosophie du Droit, et les lois du droit pénal : dans ce travail il donnait une large extension au principe moral, et fondait le droit de punir sur l'obligation de rétablir l'ordre en infligeant juste le mal nécessaire pour réparer le mal qu'on a commis. Au contraire le professeur *Mancini*, excellent juris-

Digitized by Google

consulte napolitain, répondait à ces lettres, en soutenant la distinction des règles de la morale et de celles de la justice, même en ce qui concerne le droit de punir, et en se rangeant à l'opinion que ce droit dérive surtout du besoin de la conservation, et des nécessités inhérentes à l'ordre social. Le professeur *Scialoja*, déjà connu à Naples comme un économiste distingué, et qui s'est montré tel dans de nouveaux écrits et de nouvelles publications, s'est réuni à Mancini pour travailler ensemble à un commentaire considérable sur le nouveau Code de procédure civile pour les États sardes.

III. Duché de Parme.

Le duché de Parme fut des premiers à changer l'ancienne législation criminelle. Placé sous la domination de l'épouse de Napoléon Ier, non-seulement il adopta le Code civil avec de nombreuses améliorations, mais il reprit aussi à partir de 1820 le Code pénal, à quelques modifications près, et conserva en partie les institutions judiciaires qui existaient en France. Les peines furent un peu adoucies; la peine capitale d'un usage moins fréquent; on adopta de meilleures distinctions sur la tentative et la complicité, et la publicité des jugements fut maintenue. Cela fit qu'à Parme il y eut de bons jurisconsultes parmi lesquels le chevalier *Pietro Maestri* maintenant sénateur du royaume subalpin. L'avocat *Rossi* fit paraître à Plaisance, en 1838, une analyse raisonnée du Code de procédure.

IV. Modène et États d'Este.

En 1814, Modène et les États d'Este retombèrent sous la vieille législation moins dure mais presque aussi vicieuse que celle du Piémont, et qui ne permettait aucune publicité des jugements. Une commission pour la rédaction d'un nouveau Code pénal fut créée en 1848. En attendant on a introduit quelques réformes particulièrement dans l'instruction des procès.

Pellegrino Rossi, de Massa, appartient comme jurisconsulte à ce duché, mais comme il n'écrivit qu'après son exil, et qu'il est l'auteur d'innovations dans quelques parties du droit pénal, il sera mieux d'en parler séparément.

En 1846, on imprima à Modène un ouvrage de l'avocat *G. Brugnoli* sur la certitude et la preuve criminelle avec la con-

Digitized by Google

cordance des diverses législations de l'Europe et spécialement de l'Italie. Cet ouvrage ne se traîne point mesquinement après des lois spéciales, mais il contient un traité scientifique et doctrinal, qui résume la matière en donnant un meilleur ordre aux doctrines de Menochius, Mascardo, Mantica et en développant d'une manière plus large et plus utile le traité de Nani.

V. États pontificaux.

Les États pontificaux avaient rétrogradé du Code français presque jusqu'aux édits des papes, et aux anciennes coutumes. La législation criminelle du Saint-Siége n'avait même point profité des bonnes indications fournies à Rome par le professeur Renazzi après 1774, ainsi que dans les *Invernizzi* qu'il avait publiés en 1787 sur les jugements publics et privés, et que nous devons rappeler ici parce que nous n'en avons pas fait mention à sa place. Une réforme fut faite par le pape Grégoire XVI, en 1832, après la révolte de la Romagne. Mais outre la classification imparfaite des délits et des peines, il resta l'excessive prodigalité des supplices, et les trirèmes ou galères sont une peine employée à profusion. Dans les jugements, et sauf toujours les immunités ecclésiastiques, la défense est admise à discuter mais sans publicité : on laisse aux juges ordinaires une certaine latitude de conviction : on accorde toutefois le recours de l'appel, et même une sorte de cassation ou révision, et si l'on en fait rarement usage, ce n'est point la faute de la loi.

En 1823, M. *Contoli*, procureur fiscal à Bologne, écrivit des institutions théoriques et pratiques criminelles. Plus tard il publia une théorie des délits et des peines. Après la réforme Grégorienne, cet écrivain publia à Bologne quelques considérations sur un Code pénal, et sur l'application des lois pénales, d'autres considérations sur l'instruction et le jugement criminel, dans le double système de l'information écrite et orale. Enfin, en 1825, il annonça un autre ouvrage sur les jugements et sur la conviction morale dans le système accusatoire et dans l'inquisitoire.

L'avocat *Raffaello Ala* publia à Rome, en 1825, un ouvrage intitulé *Foro criminale*, qui contient un petit traité pratique sur tous les délits, où sont rassemblées les règles de l'imputabilité et de la preuve, et où est fixé le degré des peines dues à cha-

Digitized by Google

que délit, suivant la jurisprudence commune et les Édits pontificaux. Ce même écrivain a fait paraître à Rome en 1839, ses *Criminalis juris et praxeos instituta usui fori accommodata.*

Un livre intitulé *Il Processante,* ou pratique criminelle, fut publié à Loreto en 1834 par l'avocat *G. B. Martini.*

Outre ces publications plus spécialement consacrées à la pratique, et un essai analytique de jurisprudence naturelle et sociale du professeur *Colezzi* de Pérouse, nous mentionnerons l'écrit de M. *Bustelli* sur l'*Idée de la solidarité pénale.* En 1840, le professeur *G. Giuliani* imprimait à Macerata un ouvrage qui acquit immédiatement une réputation générale en Italie, parce qu'il était basé sur les principes de droit criminel professés par les plus doctes écrivains dans un temps dont les traditions venaient encore en aide aux usages de la pratique. Cet ouvrage est intitulé : *Institutions de Droit criminel et Commentaire de la loi grégorienne.* Les doctrines de M. Giuliani ont une grande exactitude théorique et pratique, et s'accordent le plus souvent avec celles du professeur Carmignani dont nous allons parler de nouveau tout à l'heure.

M. *Marini* publia aussi, à Rimini, en 1842, les éléments criminels suivant le règlement grégorien, avec la concordance des lois romaines. M. *Caramelli* qui fit paraître un commentaire criminel à Macerata en 1847, avait écrit en 1841 sur les infractions et les peines correctionnelles. L'avocat *Petri* a imprimé à Rome quelques règles de jurisprudence et diverses tables sur les matières de droit pénal.

L'avocat *Savelli* de Sinigaglia laissa quatre volumes de défenses criminelles, écrites à l'exemple de celles qu'avait publiées longtemps avant l'avocat *Magnani.*

Quelques journaux qui parurent dans les États romains de 1847 à 1848, traitèrent avec chaleur et vivacité des questions de Droit fort importantes. Et ce ne fut point sans à-propos, car l'ancienne législation pontificale était vraiment devenue un anachronisme par rapport aux besoins de notre temps. L'*Astrea* était un journal judiciaire de quelque mérite, mais il vécut peu de temps.

En 1848, on pensa à rédiger un Code pénal. Il y avait alors à Rome plusieurs jurisconsultes distingués qui avaient une grande influence, entre autres le professeur *Giuliani,* l'exilé *Armellini,* et feu *Silvani.* On a fait courir depuis le bruit que ce

Digitized by Google

projet revenait au jour, et que le professeur Giuliani pourrait en être chargé.

VI. Toscane.

Nous avons vu que la Toscane est le pays où plus que dans tout autre depuis le dernier siècle, la législation s'était associée à la jurisprudence pour hâter le perfectionnement des théories criminelles et mettre en pratique les réformes. La magistrature criminelle comptait alors des hommes remarquables qui n'expédiaient point les affaires suivant les caprices de leur imagination, mais les jugeaient à la lumière des principes. N'ayant à parler ici que de livres et d'ouvrages, je regrette de ne pouvoir citer avec honneur un grand nombre de magistrats estimables. Je dois cependant faire un éloge bien mérité de l'auditeur *G. A. Poggi* qui en 1815 imprima à Florence des éléments de jurisprudence criminelle, livre dans lequel des théories pénales réunies aux enseignements de la pratique étaient savamment exposées et d'une manière commode pour les usages des tribunaux.

Les éléments de la pratique antérieure venant à revivre ainsi parmi nous, par suite de la restauration de 1814, on ne vit pas comme dans les autres pays une rechute malheureuse dans le retour aux lois et à la jurisprudence de 1808, par la suppression de toute trace du droit pénal français. C'était provisoirement, disait-on, que cela se faisait. On nomma une commission qui ne se distingua que par des omissions continues. Cependant les vols avec violences ou *grassazioni* se multipliaient à cause des bouleversements de cette époque, et de la désorganisation des milices. En 1816 on promulgua une loi d'*Exception*, qui dura ensuite près de quarante années, pendant lesquelles l'instruction orale et la conviction morale, usitées en France, furent reprises comme des moyens d'accélération et d'intimidation. En attendant, le jugement criminel toscan ne fut pas reproduit en 1814 précisément d'après le vieux système dit *leopoldino*, mais il obtint des améliorations notables. Quoiqu'il ne fût pas basé sur l'instruction orale, mais sur la procédure par information, cependant il conservait à la défense le droit de faire la contre-preuve, il admettait la publicité du compte rendu, des débats et du jugement des affaires, ce qui dura jusqu'en 1838.

Digitized by Google

Dans cet intervalle, à l'exception du commentaire déjà rappelé de *Paolini* sur Beccaria et de l'ouvrage de *Poggi*, que nous avons loué plus haut, à l'exception encore de ce qu'écrivit l'avocat *Busatti* de Sienne, sur le droit de punir et sur l'application et l'effet des peines, il ne parut en Toscane rien de remarquable que l'ouvrage du professeur *Carmignani*. Les criminalistes ne manquaient cependant pas. Parmi les professeurs, on doit citer avec honneur le professeur *Valeri* de Sienne, dont nous avons une correspondance précieuse avec Romagnosi. Parmi les sommités du barreau fut l'avocat *Lorenzo Collini*, dont on a les plaidoyers criminels. Dans l'*Antologia*, journal périodique très-connu, fondé à Florence par *Gio. Petro Vieusseux*, comme dans le *Giornale dei letterati Pisani* se trouvent des dissertations fort importantes, au nombre desquelles, pour ne pas parler de Carmignani et de Romagnosi, nous dirons qu'il s'en trouve des avocats *Tonelli*, *Massa*, *Carrara*, du professeur *Valeri*, de son éminent successeur *Celso Marzucchi*, des avocats *Francesco Forti*, *Giuseppe Montanelli*, et d'autres.

Mais *Carmignani* était pour ainsi dire celui qui seul occupait la scène. Les *Juris criminalis Elementa* continuèrent sous la domination française et depuis à être le cours universitaire le plus savant, le mieux ordonné, le plus exact et complet; il le développa et l'annota en revoyant plusieurs fois les éditions. En 1831, Carmignani exposa, suivant un plan plus scientifique, l'ordre de ses principes théoriques et pratiques, en publiant l'ouvrage intitulé *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Il y développa, avec une philosophie subtile peut-être mais logique, les origines et fondements du droit : il distingua les tendances, dans les temps anciens et modernes, des empiriques et des théoriciens, des matérialistes et des spiritualistes : il montra le vice des systèmes exagérés, en faisant voir comment la science avance à travers ces systèmes par un mouvement qui lui est propre, et tend à une perfection qui ne peut dépendre en rien des accidents de temps ou de lieux. Dans le droit de punir, et dans les modes d'imputation et de punition des délits, il fit prévaloir le principe politique et social sur le principe moral, en observant que celui-ci peut servir de guide aux sciences juridiques à leur début, mais que lorsqu'il a fourni les premières traces de la justice et les règles des actions

Digitized by Google

humaines, il faut que la science du Droit et surtout du Droit criminel, marche à la perfection en s'appuyant sur des raisons tirées de l'ordre social et des nécessités du for extérieur. Autrement elle produirait une législation métaphysique, et une jurisprudence vague et incertaine. Carmignani inclina donc aux principes de Beccaria (moins pourtant ceux de l'état de nature et de contrat social) et se rapprocha même de Bentham; mais il s'efforça d'associer dans l'imputation et la graduation des délits le double élément de la fraude et du préjudice; il classa les délits eux-mêmes avec précision et clarté; il n'admit point dans l'échelle pénale le supplice capital, parce qu'il ne le regardait pas comme conforme au droit naturel et au droit politique, et pensait qu'on ne devait le croire nécessaire qu'aux gouvernements faibles; il appliqua aux matières criminelles la législation léopoldine et la jurisprudence toscane dont il avait acquis l'expérience dans la pratique du barreau. La partie où il s'est montré faible est celle des jugements : non qu'il manquât d'expérience (comme l'a écrit Ulloa), car il était au contraire le premier des défenseurs de son temps, mais parce qu'il préférait la procédure inquisitoire tempérée, ou comme on disait *léopoldine,* avec l'adjonction de la discussion publique. On retrouve les mêmes choses dans ses ouvrages posthumes. A ce propos il convient d'observer que la consulte royale de Toscane recourait à ses conseils pour la confection du Code pénal qu'on préparait, en même temps qu'elle adoptait contrairement à son opinion des formes analogues à la procédure accusatoire. On trouve encore dans ces mêmes ouvrages, outre une histoire de la philosophie du Droit, un projet de Code pénal pour le Portugal. Enfin il y a encore un recueil des principales dissertations et défenses de Carmignani, publié en 1841.

La législation toscane fut réformée en 1838 par une organisation nouvelle des tribunaux, et l'institution d'une Cour de cassation. On introduisit dans les jugements criminels l'institution orale, mais précédée et liée par une procédure écrite qui contient des dépositions faites sous serment. L'action publique fut confiée au ministère public qui cependant ne fut chargé de la mettre en mouvement qu'en 1849 : à la preuve morale on substitue la conviction morale, en la confiant toutefois, non point à des jurés, mais à une cour de magistrats permanents. Parmi ceux-ci le président doit former son avis sur la procé-

Digitized by Google

dure écrite, statuer sur les conclusions de la défense, diriger tous les interrogatoires, puis donner son vote *en juré* et rédiger la sentence : d'autres diront si et comment ces dispositions peuvent se justifier.

Le docteur *Ademollo* a écrit un ouvrage sur l'ancienne et la nouvelle procédure.

La réforme de 1838 relativement aux sentences fut, au moins jusqu'à une loi de 1846, comprise de telle façon que ces sentences, arides comme un *verdict*, ne conservaient plus aucune trace de la doctrine antérieure. Dans ce temps, l'avocat *Cerretelli* publia un extrait alphabétique des motifs des décisions les plus classiques antérieures à 1838, et l'on y voit comment dans le passé, la sagesse des magistrats toscans avait su suppléer au manque d'un Code pénal.

En 1841, le congrès des savants de Florence traita la question du système pénitentiaire, de la convenance de le substituer à celui des galères, de ses difficultés et de ses dangers pour les coupables, lorsqu'il était associé à une étroite reclusion et à l'isolement. L'avocat *T. Tonelli* écrivit sur ce sujet en 1845. Le célèbre professeur *Mori*, qui succéda à Carmignani dans la chaire de Pise, après avoir publié en 1846 une traduction d'ouvrages criminels allemands, et le Code pénal de Baden, imprima en 1847 un opuscule sur l'échelle des peines, et des améliorations relatives à introduire en Toscane. Le 4 mars 1849, le gouvernement provisoire de Toscane abolit les galères, adoucit l'échelle des peines, et commença à introduire la reclusion solitaire. Successivement le système pénitentiaire fut appliqué d'une manière définitive. Le chevalier avocat *Peri*, élu directeur, a écrit sur ce sujet un livre en 1850, et a depuis publié quelques rapports statistiques.

Notre journal a déjà parlé des œuvres de l'avocat *J. Buonfanti*, substitut du procureur royal général à la Cour de Lucca: la première fut un Manuel théorique et pratique du droit criminel, imprimé en 1849. Là se trouvent rassemblées, sous chaque titre de délit, les règles de la jurisprudence toscane : on y a fondu les nouvelles distinctions et les modifications introduites par la Cour de cassation dans les décrets qui sont recueillis par les *Annales de jurisprudence*. En 1850, M. *Buonfanti* commenta le *règlement d'Instruction criminelle* de 1849. Il fit paraître *une Théorie ou Commentaire sur le règlement de*

Digitized by Google

police de la même année. Enfin il publie aujourd'hui une *Théorie* ou *Commentaire du Code pénal*, dont nous allons parler maintenant.

Avant 1848, une commission nouvelle et distincte avait été chargée du projet d'un Code pénal toscan, et le professeur *Mori* en fut le rédacteur. Mais la sanction royale se fit attendre jusqu'en juin 1853. Le projet fut alors décrété comme Code, mais avec plusieurs aggravations. Plusieurs fois on avait senti en Toscane la nécessité d'avoir un Code pénal, parce que les réformes de 1786 et de 1795 n'avaient point la forme qui distingue les Codes modernes; et quoiqu'elles fussent dans leur temps un grand progrès par le fond de leurs dispositions, cependant elles manquaient de cette précision et de cet ensemble qui conviennent à un Code. Mais elles étaient une base rationnelle et homogène pour le droit pénal qui convenait à notre pays, et la jurisprudence avait produit successivement des trésors analogues et féconds de distinctions, de degrés, d'excuses, relativement à l'imputabilité des délits et à la mesure des peines. En ce qui concerne celles-ci, l'expérience avait aussi enseigné quelles étaient celles qu'il fallait abolir, et celles qu'il fallait conserver.

Mais le Code de 1853 n'est pas une reproduction, ni une réforme du droit précédent. C'est un travail nouveau. On lui doit des éloges pour les mérites de sa composition, et spécialement pour sa forme et sa concision. A part les dispositions minutieuses et exorbitantes sur les différents délits politiques et religieux, il a été regardé par les savants étrangers comme supérieur aux Codes modernes, principalement à quelques-uns des Codes allemands, dans les parties où il semble les avoir imités. Cependant, à côté de ses qualités, il y a encore quelques défauts qu'on ne pourrait dissimuler sans exagération, et qui ne pouvaient échapper au sens pratique des Toscans. Il mitige le sensualisme des utilitaires, mais il incline peut-être trop vers le *moralisme* des spiritualistes. Sa langue est quelquefois différente de celle qui a toujours été acceptée par les criminalistes italiens. Il n'est point sévère dans la détermination des peines, mais souvent le *minimum* serait trop élevé, si l'on n'étendait pas ses dispositions fort peu nombreuses et très-laconiques sur les excuses. Il rétablit la peine de mort, et prenant pour base le système pénitentiaire, il prodigue les peines

Digitized by Google

coercitives, et particulièrement la prison avec une profusion qui finira par gêner le trésor public. Quelques-unes de ces fautes n'appartiennent point à l'honorable auteur; d'autres proviennent de ce que ce Code est une œuvre d'école plutôt que de pratique. Aussi regrette-t-on de ne point trouver à établir un rapprochement facile entre le Code même et la jurisprudence dont se glorifiait le pays. Cependant les tribunaux, et particulièrement la Cour suprême interprètent, autant que possible, le nouveau Code dans le sens de l'ancienne jurisprudence.

Le chevalier *Mori*, aujourd'hui directeur de l'Université de Sienne, a fait paraître la théorie du Code pénal, qui sert à l'éclaircir. On publie encore en Toscane deux commentaires du même Code. L'un est de l'actif écrivain M. *J. Buonfanti*. L'autre est d'un anonyme, mais sa composition révèle la main d'un maître, et les questions y sont traitées à la double lueur de la science et de la jurisprudence pratique.

VII. Deux-Siciles.

Dans les Deux-Siciles la science a toujours prospéré, et ce qui ne s'est point conformé à ce mouvement est du domaine de l'histoire. Le droit criminel florissait dans cette partie de l'Italie avant l'introduction des lois françaises, et a continué à y fleurir depuis. Nous avons vu plus haut qu'en 1814, *Pasquale Liberatore* devança la réforme de ces lois. C'est dans le même but que *F. Lauria* avait écrit quelques Pensées sur un Code criminel, pour le royaume de Naples, mais elles ne parurent que comme œuvre posthume.

Après le retour à Naples de la dynastie des Bourbons, on s'occupa de la révision des Codes français, maintenus provisoirement : ils furent reproduits en 1819, avec quelques modifications sous le titre de *Lois pénales* et *Lois de procédure criminelle pour le royaume des Deux-Siciles*. Le Code pénal de France reçut quelques améliorations en ce qui concerne l'imputabilité; on fit aussi quelque chose pour mitiger les peines, mais le dernier supplice fut conservé, même avec quelques formalités aggravantes, ou, comme on dit, d'exemplarité publique. On maintint la procédure publique, et on laissa à la défense une liberté apparente; tout ce qui concernait la partie judiciaire fut confié aux magistrats, mais on eut soin de con-

Digitized by Google

tenir l'arbitraire de la conviction, en astreignant les juges à établir leurs déclarations sur le fait.

Le conseiller *Canofari* publia en 1819 un Commentaire sur les lois pénales. La même année, M. *O. Giaccardi* imprima à Avellino un Commentaire, spécialement sur cette partie des lois de procédure qui traite des jugements publics. En 1820 parut un ouvrage plus philosophique que jurisprudentiel, imprimé à Naples et à Catane, par *G. Raffaelli*, sous le titre de *Mnomothesia penale*. Avec une nomenclature un peu singulière, et rédondante d'hellénismes, mais remplie d'érudition, l'auteur traite des délits, des moyens de les rechercher, de les connaître et de les punir, comme aussi de les prévenir et de leur opposer le contre-poids de la vertu.

Puisque nous avons parlé de jurisprudence rationnelle, il est à propos de dire qu'il y a beaucoup d'écrivains napolitains qui s'occupent des différentes parties du droit au point de vue philosophique. Nous pouvons citer avec éloge la philosophie du droit de M. *Capitelli*, et plus tard le discours philosophique sur la science des lois, et sur l'administration publique de *G. de Vincenzi;* les observations philosophiques sur la loi et le droit de nature du professeur *Muzzarella;* le Traité des origines et de la nature de la jurisprudence, et en particulier de la jurisprudence napolitaine, de l'avocat *G. Manna;* l'Essai historique et philosophique des vicissitudes du droit public de *F. Rosa;* le droit et sa fin de *F. Cangiano*, les Éléments de droit naturel universel de *G. Villiva*, le Traité philosophique de jurisprudence universelle de *Melchiorre* et d'autres écrits encore plus récents, et qui mériteraient une mention, si l'énumération de ces richesses ne nous éloignait pas trop des matières purement criminelles.

Pourtant nous rappellerons encore les œuvres du professeur *Lauria*, qui, après avoir écrit les Institutions civiles, publia, en 1823, une savante exposition des lois pénales des Deux-Siciles, et laissa en outre un Recueil de dissertations et plaidoyers.

Écrivain savant, profond et en même temps pratique, *Niccola Nicolini* est l'un des plus distingués du royaume de Naples : les études qu'il publia en 1829 sur la Procédure pénale sont un travail d'une assez haute valeur pour ne pas craindre la comparaison des commentaires qui nous viennent de l'étranger.

Digitized by Google

En 1829, il écrivit l'histoire des principes régulateurs de l'instruction des preuves dans les procès criminels. En 1835, il commença à publier les *Questions de droit*, traitées dans les conclusions et réquisitoires qu'il prononçait comme ministère public près la Cour suprême de cassation de Naples, publication qu'il poursuivit régulièrement. M. Nicolini sait, même dans les sujets de procédure qui semblent arides, introduire l'érudition et la critique de *Vico*, les vues législatives de *Filangieri*, et la doctrine des jurisconsultes nationaux ou étrangers.

Un ouvrage important pour la connaissance historique et critique du Droit criminel parmi nous fut celui de *P. C. Ulloa*, intitulé Des Vicissitudes et des progrès du Droit pénal en Italie, depuis la résurrection des lettres jusqu'au temps actuel, ouvrage qui parut à Naples en 1837, et fut reproduit à Palerme en 1848. Cet éminent auteur avait publié, depuis 1835, un autre ouvrage estimable sur l'administration de la justice criminelle dans le royaume de Naples.

En 1837, le professeur *Buonannini* publia à Aquila les *Elementa juris criminalis*. En 1842, l'avocat *de Marco*, connu par d'autres écrits, commenta la pratique criminelle de *Briganti*. Un ouvrage fort applaudi par la science, et accueilli avec beaucoup de faveur dans les Cours fut celui du procureur général *Roberti*, qui fit paraître à Naples un Cours de droit pénal, cours complet et aussi digne d'éloges au point de vue de la science qu'à celui de l'utilité pratique.

Les questions de droit criminel furent encore traitées par l'avocat *Pisanelli* dans sa *Proposition* de quelques réformes sur la législation, où il soutient, entre autres choses, que le mandant doit être moins puni que le mandataire, et par l'avocat *M. de Augustinis*, qui écrivit sur la Réforme législative en Europe, combattit la peine de mort, et s'occupa d'une modification complète du système pénal. Mais les questions criminelles les plus étendues et les mieux appropriées à l'usage de la pratique, furent celles qu'à partir de 1839, le savant *M. Armellini* commença à faire paraître à Naples.

En 1839, *L. Ferrarese* publia un programme de l'analyse philosophique des peines. *M. G. Orazj* qui, en 1832, avait écrit un discours sur la Tentative ou l'Essai des crimes et délits, publia en 1842 les Principes fondamentaux et philosophiques de la raison pénale. Dans la même année l'avocat *Jannini*

Digitized by Google

écrivait sur le même sujet des aphorismes ou pensées législatives.

Il a paru encore plus tard d'autres publications qui ont eu du crédit dans ce royaume, et qu'il est regrettable de ne pas avoir vu se répandre dans le reste de l'Italie, par suite des difficultés qui embarrassent partout notre péninsule si morcelée. *M. Volpicella* écrivit un Projet de Réforme sur les prisons en 1845, alors qu'on réclamait presque partout et sans obstacle la cessation des abus dans la garde des prévenus et la punition des condamnés. Nous pourrions, si l'espace ne nous manquait, énumérer plusieurs monographies, parmi lesquelles celle écrite par *M. Invidiato* à Palerme, en 1848, sur la procédure du faux incident civil.

Mais si l'on désire avoir l'état des nombreuses et savantes monographies ou dissertations dont les professeurs et les avocats ne sont pas aussi prodigues que la magistrature napolitaine, il faut consulter les nombreux et estimables recueils périodiques, qui se sont succédés dans le royaume des Deux-Siciles, comme le *Progresso*, la *Rivista Napoletana*, la *Temi Napoletana* de l'avocat de Augustinis, les *Ore Solitarie* du professeur *Mancini*, les *Annali di Legislazione*, le *Diritto*, etc., et actuellement la *Gazzetta dei Tribunali di Napoli*.

Nous trouvons dans le journal qu'on imprime maintenant à Naples un ouvrage intitulé : les Principes du droit pénal appliqué au Code des Deux-Siciles par *Fr. Sav. Arabia*, dont a rendu compte le jurisconsulte *G. Manna*. Dans le premier volume de cet ouvrage, M. Arabia a tiré sommairement bon parti de tout ce qu'on a dit jusqu'ici sur le droit de punir, et sur la matière de la pénalité. Il a repoussé les idées systématiques : partant de l'idée brutale de la vengeance publique pour arriver à celle de la défense et remontant aussi de l'intérêt privé à l'intérêt social, il passe de l'utilité à la nécessité politique, puis au devoir moral de la justice, à l'aide de laquelle on arrive à achever le perfectionnement de la science pénale. L'auteur n'oublie pas les anciens, il touche Vico et passe en examen Beccaria, Filangieri, Pagano, Bentham, Romagnosi qu'il défend, Carmignani, Mamiani et Rossi dont il nous reste maintenant à parler. En conciliant ainsi par une critique rationnelle et pratique les principes de la morale avec ceux de la politique, il

Digitized by Google

arrive à formuler une solution éclectique du droit de punir et du système pénal qu'il faut préférer.

Puisque nous rappelons le professeur *Rossi*, d'illustre et regrettable mémoire, nous dirons qu'il est précisément de ces auteurs qu'on n'assigne point à l'Italie abusivement, par ce seul motif qu'ils n'y ont pas publié leurs œuvres. C'est aussi à l'Italie qu'appartient *V. Marcucci*, quoiqu'il ait publié à Lugano, en 1835, un écrit intitulé *De la légitimité positive et négative des peines.*

Pellegrino Rossi naquit dans le duché de Massa, États d'Este, et il avait été destiné au barreau; mais il dut l'abandonner, ainsi que sa patrie, par suite des malheurs politiques de ce pays. On sait comment, après 1821, il acquit à Genève une renommée européenne et obtint ensuite en France des positions élevées. Ses ouvrages de droit et d'économie politique sont si connus, qu'ils n'ont pas besoin d'éloges. En 1848, il avait été élu député au parlement Toscan, qui, eu égard au temps, ne suivit vraiment pas une mauvaise ligne, et je ne puis me rappeler sans émotion que dans les procès-verbaux du conseil général je retrouve que j'ai bien des fois proposé que le bureau de la présidence pressât l'arrivée de ce représentant si docte et si expérimenté... Peut-être la réalisation de ce vœu aurait-elle conservé à la société et aux sciences la vie de cet homme de bien.

Le *Traité du droit pénal*, imprimé à Paris en 1829 et traduit en Italie, parle spécialement du délit et de la peine en général. Il est considéré comme une innovation dans la science, parce que l'auteur, profondément versé dans les théories morales et politiques, fait un pas de plus que Carmignani pour concilier le devoir politique de la justice avec ses origines et conditions morales. Il combat justement les systèmes fondés sur l'hypothèse de l'état de nature et le contrat social, ceux tirés de l'idée de vengeance ou d'intimidation, et ceux qui ne fondent le droit de punir que sur l'idée matérialiste d'utilité. Il se sépare aussi de la nécessité sociale de Romagnosi, quoique celle-ci soit rationnelle et sans matérialisme; il s'écarte du système bien entendu de Beccaria, qui distingue entre la justice répressive et les théories métaphysiques ou théologiques de la morale, pour se rapprocher un peu des idées de Kant et d'Hégel, ce qui lui fait introduire dans la science positive des italiens quelque chose de l'idéalité vague et dangereuse qui distingue l'école alle-

Digitized by Google

mande. Si l'on veut entendre Rossi dans des limites raisonnables, comme un perfectionnement des systèmes précédents, ce qui résulte de ce que Rossi lui-même dit en parlant du devoir politique et pratique de la justice dans le for extérieur, son œuvre aura contribué à relever et ennoblir les doctrines criminelles, en empêchant que la connaissance et la punition des délits ne s'abîment dans les incertitudes et les visions métaphysiques, et ne perdent ces règles et ces mesures positives qu'avaient su leur donner des criminalistes savants et expérimentés. Mais si, ajoutant à la théorie de Kant « de punir le mal pour le mal dans une juste proportion » on voulait faire prévaloir dans les matières pénales la correction morale sur la réparation du préjudice social, alors ce serait entendre Rossi d'une manière abusive : les magistrats et les gouvernements seraient associés à la mission des confesseurs et des pédagogues. Cette équivoque que nous indiquons, née de pieuses ou au moins de bonnes préoccupations, n'est que trop la tendance de notre temps. Mais les hommes de science et d'expérience juridique y résistent avec raison, et défendent la distinction qui existe entre la justice envisagée au point de vue moral, et la manière de la mettre en pratique pour la protection de l'ordre social. C'est ce qu'ont pensé, entre beaucoup d'autres, *Ulloa*, le digne magistrat du royaume de Naples, et l'excellent jurisconsulte de la Haute-Italie *Saleri*. C'est sous l'influence de ce système qu'ont été écrits les ouvrages théoriques et pratiques dont se vante le barreau italien, et particulièrement ceux de Carmignani, du professeur Giuliani, du magistrat Roberti qui, dans la justice répressive, ont concilié les prescriptions de la morale et celles de la politique sociale.

Peut-être une semblable discussion est-elle plutôt académique que positive. Il y a, en effet, des gens qui confondent les moyens analytiques et philosophiques à l'aide desquels on explique l'imputabilité et la punissabilité des délits et le but positif de composer des codes, de délibérer des jugements, de satisfaire aux besoins du for extérieur. — Pour juger et pour réprimer les tentatives et les faits délictueux, pour réparer le dommage public et privé par un châtiment qui serve d'exemple aux autres et d'amendement au coupable; il ne faut pas être *empirique* et servilement *historique*, mais il est bon de tenir compte des faits et des doctrines éprouvées; il ne faut pas être *matérialiste et*

Digitized by Google

utilitaire, mais on ne peut faire abstraction des besoins et intérêts sociaux; il ne faut point enfin être trop *spiritualiste*, quoique l'appréciation morale des actions et la moralité de la justice dans ses origines et dans sa fin soient des conditions nécessaires pour les législateurs autant que pour les juges. — La justice purement historique et doctrinale serait un mécanisme étroit et mesquin; la justice fondée sur des calculs d'utilité serait du matérialisme et de la spéculation; la justice spiritualiste ne serait autre chose qu'une chimère métaphysique et dangereuse. AMB. VENTE.

ORDRE AMIABLE.

REFUS D'Y CONSENTIR OPPOSÉ SANS MOTIF PAR DES CRÉANCIERS.

APPLICATION DE L'ARTICLE 1382 DU CODE NAPOLÉON.

Par M. J. COURTOIS, juge au Tribunal civil de Chartres.

SOMMAIRE.

I. Mission nouvelle conférée aux juges de première instance par la loi du 21 mai 1858.
II. Analogie et différence entre cette mission et celle du juge de paix conciliateur.
III. Division. Mauvais vouloir des débiteurs; mauvais vouloir des créanciers.
IV. La loi nouvelle a brisé le mauvais vouloir des débiteurs. Cette innovation est un bienfait réel.
V. Ce qu'est le mauvais vouloir des créanciers ne venant pas évidemment en ordre utile. La loi a-t-elle voulu laisser subsister cet obstacle?
VI. Comment le vaincre? Par l'application de l'article 1382 du Code Napoléon.
VII. Discussion.
VIII. Résumé.

I.

Lorsque la loi du 21 mai 1858 fut publiée, trois articles principalement, les articles 749, 751, 752, attirèrent l'attention. C'est qu'en effet les dispositions qu'ils contiennent procèdent d'un ordre d'idées tout nouveau. Des juges spéciaux peuvent,

Digitized by Google

par décret impérial, être nommés au règlement des ordres; chaque ordre, avant de suivre la longue et coûteuse filière des formalités de justice, doit être soumis à une épreuve de conciliation; le règlement amiable en devra toujours être préalablement tenté devant un magistrat; cette tentative doit se faire dans des conditions particulières et inusitées. Le juge est mis directement en rapport avec les parties; il est chargé de les éclairer lui-même, de leur faire lui-même l'exposé de leur situation, car dans cette circonstance disparaît le ministère des avoués, de ces mandataires *ad lites*, intermédiaires forcés, mis, par l'article 91 de la loi du 27 ventôse an VIII sur l'organisation des tribunaux, entre le juge et les plaideurs.

II.

Le juge-commissaire remplit ici un rôle qui a de l'analogie avec celui du juge de paix en conciliation ou du juge de paix dans les procès de sa compétence, lorsque les défendeurs domiciliés dans le canton sont, aux termes de l'article 17 de la loi du 25 mai 1838, modifiée par celle du 5 mai 1855, cités à comparaître devant lui par simples lettres et sans frais.

L'analogie pourtant est loin d'être parfaite.

Ce sont des procès réels que les juges de paix, dans ces deux cas, sont appelés à concilier; il y a toujours sérieux débat, un demandeur et un défendeur.

Dans un ordre, au contraire, il n'y a le plus souvent rien en litige; la somme à partager est certaine; les droits de chacun sont réglés par des titres qu'au fond personne ne conteste; l'ordre des créanciers est évident. Je suppose du moins que les choses sont ainsi. Un obstacle cependant existe, car la somme demeure impartagée, mais cet obstacle n'a rien de litigieux; ce n'est autre chose que le mauvais vouloir d'une ou de plusieurs personnes qui, tout en reconnaissant que le règlement des droits de chacun est justement fait, refusent leur adhésion. C'est là, je le répète, le cas le plus fréquent.

Il en est un autre, celui où il y a sérieux litige, soit sur la somme à distribuer, soit sur le montant des créances, soit sur le rang, soit sur les titres; la situation est différente. Le rôle du juge-commissaire est alors tout à fait analogue à celui susindiqué du juge de paix. Il devient, comme ce dernier, le conciliateur d'intérêts engagés dans une lutte réelle. Des débats

Digitized by Google

s'élèvent, sur lesquels les avis peuvent être partagés; il y a matière à jugement, matière à transaction.

Tous les ordres se présentent dans l'un ou l'autre de ces deux cas.

III.

Je reviens à celui que je veux examiner et que je dis le plus ordinaire, au cas où il n'y a d'autre obstacle à la distribution du prix, entre les ayants droit, que des mauvais vouloirs.

Ces mauvais vouloirs peuvent venir de deux espèces de personnes :

Du débiteur;

Ou de quelques créanciers.

IV.

Qu'importe, en effet, dans la plupart des ordres, au débiteur, le règlement du prix de ses biens? Il sait que ses créanciers se distribueront intégralement ce prix insuffisant même à les désintéresser tous. Ruiné, n'offrant de prise à aucune poursuite ultérieure pour le payement du reliquat, quel intérêt a-t-il à cette distribution? Appelé, il ne viendra pas; si on insiste, il sent le besoin qu'on a de son adhésion; il la met à prix; et ce qu'elle vaut il le saura coter; elle vaut le coût d'un ordre judiciaire; il y ajoutera encore des différences d'intérêts, et ce que peuvent être appréciés des ennuis, des longueurs, qui coûtent aussi quelque chose.

C'est au moins ce qui se passait avant la loi du 28 mai 1858. Le mauvais vouloir, l'inertie du débiteur ou ses prétentions élevées dans le prix qu'il mettait à sa signature « son dernier bien » disait-il, étaient souvent le seul obstacle à une distribution amiable. La nouvelle loi a brisé cet obstacle fondé sur l'injustice et qui prolongeait, au delà des bornes de l'équité, la résistance d'un débiteur de mauvaise foi, d'autant plus puissant à paralyser la distribution, qu'il était plus dénué de ressources.

Aujourd'hui le consentement des créanciers à l'ordre amiable est seul nécessaire. Eux seuls sont tenus de comparaître et, faute de comparution, doivent être condamnés à l'amende. La lettre de convocation, qui est une véritable sommation pour les créanciers n'est, au contraire, qu'un simple avis pour le débi-

Digitized by Google

teur comme pour l'acquéreur. Ces derniers, présents ou absents, et tous les créanciers ayant consenti, il est passé outre à l'ordre amiable par le juge.

Cette innovation, qui réduit à néant cette inertie, ce mauvais vouloir, ces prétentions du débiteur, est heureuse. Si la loi de 1858 a pu être critiquée dans quelques-unes de ses dispositions, elle ne saurait l'être en celle-ci, qui est *un bienfait réel.* Plusieurs fois déjà, j'ai eu occasion de le reconnaître en réglant amiablement et sans conteste aucune, grâce à cette disposition de la loi nouvelle, des ordres à la confection desquels le débiteur seul opposait son obstacle.

V.

Mais, outre le mauvais vouloir du débiteur, il peut se présenter celui des créanciers. Je ne parle pas du cas où, des contestations s'élevant, le rôle du juge commissaire ne devient autre que celui signalé plus haut du juge de paix conciliateur, mais bien de ce cas où chaque créancier étant parfaitement éclairé sur ses droits, sur le rang qu'il occupe, les créanciers qui ne doivent pas venir en ordre utile, dépourvus à leur tour d'intérêt, comme le débiteur lui-même, opposent le même genre d'obstacle : leur mauvais vouloir, leur inertie, et ou des prétentions à vendre, eux aussi, leur consentement à l'ordre amiable.

Dans presque tous les ordres, il se trouve un certain nombre de créanciers qui évidemment ne viendront pas en ordre utile : ce sont le plus souvent des créanciers à hypothèque judiciaire, qui, au moment où le crédit de leur débiteur expirait, ont obtenu, à tout événement, des jugements par défaut.

Je me suis demandé s'il n'avait pas été dans l'esprit de la loi de briser ce mauvais vouloir des créanciers comme celui du débiteur, si le législateur avait pu penser que les parties seraient appelées à transiger, dans le cabinet du magistrat, sur le prix qu'un créancier, qui ne vient pas en ordre utile, mettrait à son consentement; s'il y avait là objet de transaction acceptable par le juge, et même licite?

Il m'a paru que le juge avait une mission plus élevée : celle de présenter un état de situation dans lequel chaque créancier vît clairement l'étendue de son droit au prix, ou acquît la certitude qu'il n'en a aucun; de montrer, si des questions se pré-

Digitized by Google

sentent, en fait comme en droit, le point difficultueux, sur lequel peut intervenir alors, entre ceux que la question intéresse, une transaction facilitée par l'autorité du juge, et son impartialité que personne ne suspecte.

Je n'ai jamais accepté, devant moi, que des débats sur des questions d'un litige sérieux, et j'ai eu le bonheur de voir se résoudre amiablement toutes celles peu nombreuses qui se sont présentées [1]. J'ai toujours repoussé, loin de ma présence, comme indigne de la mission du juge-commissaire, je dis plus, comme illicite, le marchandage du consentement d'un créancier à l'ordre amiable, et je n'ai encore rencontré aucun créancier qui, reconnaissant qu'évidemment il ne venait pas en ordre utile, m'ait refusé son adhésion. J'ajouterai que donner leur consentement, quand le droit de chacun leur est montré d'une

[1] Voici un ordre qui offrit une question d'un certain intérêt :

Le 2 février 1844, vente par les époux Bouvart à Jacques Bouvart d'une maison, moyennant un prix distribué par un ordre réglé définitivement le 31 mars 1845.

Une dame Biasse avait été colloquée pour une somme de 600 francs que Jacques Bouvart devait conserver entre ses mains, à fin de servir à ladite dame une rente viagère de 30 francs.

Un sieur Daguet avait été colloqué en expectative sur lesdits 600 francs.

Le 24 septembre 1857, les héritiers de Jacques Bouvart revendent la maison. Sur le prix, tentative d'ordre amiable.

La dame Biasse avait oublié de renouveler l'inscription qu'elle avait primitivement contre les époux Bouvart, et qui lui avait valu sa collocation à l'ordre de 1845.

La dame Daguet, subrogée aux droits de son mari, avait renouvelé la sienne.

L'état sur transcription de la vente de 1857 ne contenait naturellement que l'inscription Daguet; n'y figurait point celle périmée de la dame Biasse, qui ne fut pas convoquée. Informée d'ailleurs, elle se présenta cependant à la réunion pour s'opposer à la collocation de la dame Daguet, demandant au moins que sa rente fût reconnue et lui fût desservie par la dame Daguet si elle touchait.

Cette situation présentait la circonstance particulière d'un créancier qui, colloqué dans un ordre, pourvu de son bordereau de collocation, avait perdu ou était menacé de perdre ses droits pour n'avoir pas renouvelé son inscription.

La dame Daguet pouvait écarter la dame Biasse, étrangère à l'ordre. L'équité (avec le droit peut-être) voulait que la dame Biasse, bien qu'ayant laissé périmer son inscription, ne perdît pas ses droits viagers, *mentionnés dans l'inscription Daguet elle-même*. L'ordre amiable eut lieu dans ce dernier sens. La dame Daguet, colloquée pour les 600 francs, consentit à continuer à la dame Biasse sa rente viagère de 30 francs.

Digitized by Google

manière évidente, paraît, à tous, chose naturelle, et si équitable qu'ils croiraient faire acte d'improbité en le refusant.

VI.

Mais comment vaincre le mauvais vouloir d'un créancier rebelle, sans intérêt à la confection de l'ordre, et auquel tout espoir échappe de tirer un prix de son consentement? La loi, pour le faire se présenter devant le juge, a employé la coercition d'une amende de 25 fr., et ce moyen a généralement réussi. Elle n'a pas prévu le cas d'un refus de consentir sans motif, ou sans motif autre que celui-ci : « Je ne veux pas, parce que je ne veux pas. » Devant un pareil refus, la loi a-t-elle laissé le magistrat désarmé? Ce créancier pourra-t-il impunément opposer son mauvais vouloir, l'unique obstacle à la distribution?

Je ne l'ai pas pensé, j'ai pensé au contraire que ce droit reconnu au créancier serait la négation de la loi elle-même; qu'une pareille solution était trop contraire à son esprit, à son but, à la dignité de la mission du juge pour être admise; qu'ici trouvait son application un article du Code Napoléon qui a formulé un des principes les plus larges que nos lois aient empruté au droit naturel, je veux parler de l'article 1382.

VII.

J'irai de suite au-devant de l'objection que chacun va me faire, car devant moi aussi, elle s'est dressée tout d'abord : le fait ou l'abstention du fait ne suffit pas pour donner naissance à l'action en dommage, il faut qu'il y ait eu ou défense ou obligation de faire, ce qui constitue la faute. Un axiome a résumé cette objection : *Nemo injuriam dat qui jure suo utitur.*

Mais la question, précisément, c'est de savoir si un créancier ne fait qu'user de son droit en entravant, sans autre motif que son mauvais vouloir, l'ordre amiable.

Avant d'être convoqué devant le juge-commissaire, tout créancier appelé par des officiers ministériels ou agents d'affaires quelconques, qui déjà auraient tenté un règlement amiable, a pu ne pas se rendre à cette invitation; s'y rendant, il a pu répondre ce qu'il a voulu, il a pu ne pas répondre du tout; il a pu refuser sans motif la mainlevée de son inscription; il a pu se comporter, de l'une ou de l'autre de ces manières, impuné-

Digitized by Google

ment. C'est ici, quoi qu'il dise ou qu'il fasse ou s'abstienne de faire, qu'il est fondé à répondre : *Utor jure meo.*

Sa position est-elle la même devant le juge? Évidemment non. Et il est facile, ce me semble, d'appuyer ce sentiment de quelques bonnes raisons.

Déjà la loi a contraint le créancier de sortir de son inertie, car s'il ne s'était pas présenté ou fait présenter devant le juge-commissaire, sur lui pendait l'amende de 25 fr. Le mot *convoquer* de l'article 751 n'est à son égard qu'un terme choisi plutôt par politesse que comme l'expression propre. En réalité, pour les créanciers, cette *convocation*, je l'ai déjà dit, est une *sommation* véritable, une *assignation* à comparaître, dont la fin, contre celui qui n'obéira pas à cet ordre de justice, sera, outre le prononcé du défaut, une condamnation. Il est donc vrai de dire qu'à partir de la convocation, la position des créanciers n'est plus la même. De ce moment, il est clair que leur faculté d'agir, selon qu'il leur plaît, a perdu un peu de ses immunités. Elle n'est plus, si je puis dire, *integri statûs.* Poursuivons.

Si la justice a convoqué les créanciers, ce n'est pas sans doute pour qu'ils restent muets, ou la payent de cette raison : « Je ne veux pas, parce que je ne veux pas. » Le juge ne leur demande plus, comme les autres personnes, officiers ministériels ou agents d'affaires quelconques, devant lesquels ils ont pu être déjà invités à se trouver, de donner mainlevée de leurs inscriptions, car aux termes du § 5 de l'art. 751, c'est le juge-commissaire qui en ordonnera la radiation s'il y a lieu; il leur demande s'ils consentent ou non à ce que l'ordre soit réglé amiablement, ou d'une manière plus précise encore, s'ils consentent au règlement qui leur est présenté.

Si la réponse d'un créancier est négative, dira-t-on qu'il n'est pas tenu de motiver son refus?

S'il le motive et que ce refus soit fondé sur une difficulté réelle, commence alors pour le magistrat ce rôle de conciliateur dont j'ai parlé plus haut, analogue à celui du juge de paix. Si, dans ce rôle, le juge-commissaire échoue, les formes de la procédure d'ordre judiciaire seront remplies et le tribunal statuera, à l'ordinaire, sur la contestation.

Si le créancier refuse sans motif, ou, ce qui est même chose, s'il n'a d'autre motif à donner que son mauvais vouloir, il

Digitized by Google

manque à la justice; il lui fait faute dans le but qu'elle se propose: Le juge-commissaire sans doute ne pourra passer outre. L'ordre amiable n'aura pas lieu. Mais le créancier, muet ou qui n'a donné à son refus qu'un motif inacceptable, subira pour peine du manquement de la faute qu'il a commise, l'application de l'article 1382 du Code Napoléon. Car je n'hésite pas à le redire, ce n'est pas un droit pour le créancier de ne pas répondre, ou de répondre à un juge : *non volo quia non volo*, ou, dans sa prétention que l'ordre judiciaire ait lieu, de dire : « Je n'ai d'autre raison à donner que ma volonté, » *Sit pro ratione voluntas*. Une telle réponse du moins, si elle est faite, peut, dans la circonstance donnée, ne pas l'être impunément. Ceux auxquels ce créancier, en forçant à l'ordre judiciaire, *a causé injure*, a porté préjudice, pourront l'actionner en payement de dommages : ce seront les frais plus considérables qu'il aura occasionnés, et de plus amples dommages encore s'il y a lieu.

S'il a préféré ne pas comparaître et supporter l'amende, dans ce cas il a subi sa peine, me dira-t-on; je répondrai : oui, vis-à-vis la puissance publique qu'il a offensée en n'obéissant pas à justice. Mais cette peine a encore mieux marqué sa faute pour servir de base à une demande en dommages-intérêts.

VIII.

Je me résume : Le but de la loi des 21 et 28 mai 1858 et l'esprit très-particulier dans lequel ce qui est relatif à l'ordre amiable a été conçu, la dignité de la justice que représentent le juge-commissaire et le greffier qui l'assiste, quelques principes de droit commun, dont je crois avoir déduit les conséquences naturellement et sans effort de syllogismes, m'ont conduit à cette opinion que le créancier qui s'abstient de comparaître, qui, sans motif ou sans autre motif que son mauvais vouloir, refuse de consentir à l'ordre amiable, encourt, vis-à-vis ceux dont il lèse les intérêts, l'action en dommage prévu par l'article 1382 du Code Napoléon.

Il n'est pas besoin de dire, en finissant, de quel poids cette solution doit peser pour le succès des juges-commissaires aux ordres dans la mission dont ils sont chargés.

J. COURTOIS.

Digitized by Google

TESTAMENT OLOGRAPHE.

LÉGATAIRE UNIVERSEL. — HÉRITIER NON RÉSERVATAIRE. — PREUVE A FAIRE.

« Est-ce au légataire universel ou à l'héritier non réservataire à prouver la validité d'un testament olographe dont l'écriture est méconnue? »

Par M. Girard de Vasson, président du Tribunal civil de Napoléon (Vendée).

Dans le concours du légataire universel par testament olographe avec l'héritier non réservataire, c'est à ce dernier que la jurisprudence de la Cour de cassation persiste à imposer la charge de la vérification d'écritures, quand la signature du testateur est méconnue.

Cette jurisprudence, qui ne s'est pas établie sans hésitation, mais qui paraît, aujourd'hui, bien affermie, a excité les vives critiques de quelques auteurs, surtout de M. Marcadé [1], qui la combat avec cette verve d'argumentation qui était le caractère saillant de son beau talent, mais aussi avec cette âpreté de langage qu'on a quelquefois le regret d'avoir à lui reprocher.

Il ne faut pas se plaindre de cette ardeur dans la controverse. L'esprit critique est le principe de tout progrès, car il n'est, sous une forme plus vive, que l'esprit d'examen. Il est donc d'un grand secours à la science. Il excite et exerce les esprits, il les préserve de l'engourdissement de la paresse et de la fausse modestie qui, abusant du principe de l'autorité, cache son impuissance réelle sous une soumission aveugle à la parole du maître. Il faut le respecter jusque dans ses écarts. Et, certes, ce ne serait pas le cas de nous plaindre de cet esprit-là, qui a fait la gloire du jeune et savant écrivain dont la perte, si regrettable, a laissé un grand vide dans le monde juridique.

Mais, dans cette guerre pleine de vivacité, faite à cette jurisprudence, M. Marcadé et ses adhérents n'ont-ils pas méconnu le véritable esprit qui l'a inspirée?

C'est notre conviction profonde.

Toute l'argumentation de M. Marcadé repose sur les *principes généraux de la preuve.*

[1] *Explication du Code civil,* sous l'article 1008, t. IV, p. 102.

Digitized by Google

Parfaitement logiques, à notre avis, parfaitement applicables aux matières *ordinaires* du droit, ses arguments cessent d'être concluants, appliqués à la matière des *testaments*.

Dans sa longue et habile dissertation, M. Marcadé nous paraît oublier constamment qu'il raisonne sur une succession *testamentaire*. Il pose donc, ce nous semble, la controverse sur un terrain qui n'est pas celui de la question même. Il la place sur le terrain de l'article 1315 du Code civil, tandis qu'elle est tout entière, à notre avis, sur le terrain des articles 724, 1006 et 1008 du Code civil. Il ne tient aucun compte des vérités de droit *spécial* qui dominent la matière, et que la Cour de cassation a consacrées, avec tant de tact et de netteté, dans ses derniers arrêts.

Il nous semble donc nécessaire de remonter à ces principes, et d'exposer en quelques mots ce que nous croyons être la véritable théorie de la matière.

En fait de succession testamentaire par acte authentique, comme en matière de succession *ab intestat*, règne, dans toute sa force, la maxime : « *Le mort saisit le vif.* » L'héritier institué a la saisine aussi bien et au même titre que l'héritier du sang (art. 724), s'il n'y a pas de réservataire.

C'est là un principe de droit profondément enraciné dans nos mœurs, et qui est à la hauteur d'une vérité sociale aussi vieille que la nation française. Le testament, s'il a la forme voulue pour cela, en l'absence d'héritier à réserve, a absolument la même force que la loi même des successions. *Dicat testator et erit lex.*

Voilà, ce nous semble, un premier point qui doit être mis hors de toute controverse.

Eh bien! suivant nous, de ce principe certain découle naturellement la jurisprudence qui s'est refusée à mettre à la charge du légataire universel la vérification d'écriture du testament olographe.

Qu'est-ce que c'est, en effet, que le légataire universel porteur d'un testament olographe, en regard d'un héritier du sang non réservataire? C'est un héritier institué dont le titre n'est pas *exécutoire*, parce qu'il lui manque le degré d'*authenticité* nécessaire.

Mais, après son envoi en possession (art. 1008), cet héritier institué a la pleine *saisine* de la succession. L'ordonnance

Digitized by Google

d'envoi en possession obtenue du président n'a été pour lui que la *formule exécutoire* de son titre, qui est le testament même.

Cette ordonnance d'envoi en possession n'est donc point, à notre avis, la véritable base du droit du légataire universel. La source réelle de son droit, c'est le testament. Voilà pourquoi, suivant nous, cette ordonnance n'est pas *contradictoire*. Dans le système du législateur, dans l'ordre d'idées où il se plaçait, elle n'avait pas besoin de l'être.

Il résulte de la discussion au conseil d'État[1], surtout des paroles de Portalis, en opposition sur ce point avec Tronchet, que c'est à bon escient qu'on a accordé la *saisine* à l'héritier institué, de préférence à l'héritier du sang.

« Dans une succession testamentaire, disait Portalis, com-
« battant sur ce point les idées erronées de Tronchet, moins
« spiritualiste que lui, il n'y a point concours de deux héritiers,
« celui du testament et celui du sang. Il n'y en a qu'un, même
« aux yeux de la loi, celui du testament. L'autre n'est rien,
« puisqu'il est *exclu* par le testament, et qu'à aucun moment
« il n'a été héritier. »

Ces idées de Portalis, qui étaient aussi celles de Cambacérès, ont prévalu. Le motif déterminant qu'ils donnaient, c'est que « les testaments *vrais*, après tout, sont plus communs que les « *faux*. » Ceux-ci ne sont que l'exception à laquelle on ne devait pas sacrifier le principe.

Le législateur de 1804, en un mot, a été fidèle à cette pensée élevée et sage, qui fait de la transmission, immédiate et paisible, des biens d'une génération à une autre une nécessité sociale; et, de plus, par suite de ses tendances spiritualistes nouvelles, il a lié cette pensée à un respect profond pour la volonté des mourants, pour les testaments. En un mot, il a voulu que, dans la succession testamentaire tout aussi bien que dans la succession *ab intestat*, « le mort saisît le vif. »

Voilà, suivant nous, la véritable raison de la prérogative donnée par le Code au testament, et, par suite, de cette position, exceptionnelle et privilégiée, du légataire universel vis-à-vis de l'héritier du sang.

Quoi qu'en dise M. Marcadé, cette discussion au Conseil

[1] Locré, t. II, p. 245 à 255.

Digitized by Google

d'État a un trait direct à la question qui nous occupe. Elle pose les principes qui en doivent décider la solution.

En cette matière donc, l'héritier institué, le légataire universel, porteur d'un testament olographe, et envoyé en possession par le président, n'est point, vis-à-vis de l'héritier du sang non réservataire qui méconnaît le testament, un simple *prétendant* à la succession, en procédure, un *demandeur*.

Il n'est point un *prétendant* à la *succession*, car il est déjà saisi par la loi (art. 724-1008), c'est-à-dire par l'effet du testament vérifié par le président qui l'a envoyé en possession. Il a la *saisine* pleine et entière.

Que vient donc faire, à son égard, l'héritier du sang non réservataire qui méconnaît l'écriture de ce testament?

Cet héritier exclu prend contre lui l'*initiative*, car il *attaque* une position déjà *acquise*. Il se fait *demandeur*, non pas *in excipiendo*; comme le dit à tort M. Marcadé, mais *ab initio*. Il engage le combat. Il *intime*, et n'est pas intimé.

A notre sens, ce serait affaiblir la force de ces déductions que de contester à l'ordonnance d'envoi en possession son caractère véritable. On peut concéder à M. Marcadé tout ce qu'il en dit. Non, cette ordonnance rendue en l'absence de l'héritier du sang, — M. Marcadé a raison de le dire, — n'est pas la source réelle du droit du légataire. Elle n'est qu'une consécration officielle de son droit, au regard des tiers. Son droit, nous l'avons dit, remonte plus haut. Il est dans le testament même.

Maintenant, s'étonnera-t-on de ce que le testament ait cette puissance?

Pour faire cesser cet étonnement, il suffit de se rendre compte de ce qu'est le testament *olographe*.

N'est-ce bien, en effet, qu'un acte *privé*, comme on le dit partout, mais avec bien peu de réflexion, ce nous semble? Singulier acte privé, dirons-nous, que celui qui *fait foi* de sa *date* par lui-même, qui *confère hypothèque*, qui peut contenir la *reconnaissance* d'un *enfant naturel!* car la jurisprudence admet tout cela.

Soyons donc conséquents, et, à travers les *mots*, allons au fond des *choses*. Non, le testament olographe n'est pas un simple *acte privé*, dans le sens ordinaire de ce mot.

Ce n'est pas sans doute un *acte authentique*, dans l'acception du mot, puisqu'il n'est pas l'œuvre d'un officier public, et

Digitized by Google

qu'il n'est pas ni ne peut être *exécutoire* de plein droit. Mais c'est un acte *solennel* de la vie privée, un acte plus solennel que les actes privés ordinaires, puisqu'on lui reconnaît le genre d'authenticité ordinaire pour faire foi de sa date, etc.

Eh! comment s'en étonnerait-on après tout? Il n'y a rien de plus solennel que la mort. Pourquoi donc l'acte de dernière volonté ne participerait-il pas de cette solennité de la mort? Il était tout naturel que la loi accordât au testament olographe le privilége de faire foi de sa date, et cet autre privilége d'emporter la *saisine*, moyennant la formalité de l'ordonnance d'envoi en possession. GIRARD DE VASSON.

BIBLIOGRAPHIE.

REVUE CRITIQUE TRIMESTRIELLE DE LÉGISLATION ET DE JURISPRUDENCE

(*Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtwissenschaft*), publiée avec le concours de plusieurs jurisconsultes, par M. Pözl. — *Année* 1859, 4 cahiers; Munich, Cotta.

Compte rendu : *Régime foncier de l'Allemagne. — Propriété littéraire. — Réforme de la procédure criminelle en Allemagne. — Droit public et administratif de l'Angleterre*[1].

Par M. Jules Bergson, docteur en droit, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

REVUE CRITIQUE DE MUNICH.

Nous avons rendu compte de la *Revue critique de législation* qui se publie à Munich[2]. Après cinq années d'existence (1853-1858), par une fusion analogue à celle de notre *Revue* qui a succédé à la *Revue critique* fondée en 1851 par le regrettable Marcadé, à la *Revue de législation* et à la *Revue de droit français et étranger*, la *Revue* de Munich est venue prendre la place

[1] *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, publiée avec le concours de plusieurs jurisconsultes, par M. Pözl. — *Année* 1859, 4 cahiers; Munich, Cotta.

[2] V. notre *Revue*, année 1855, t. VII, p. 473, et 1857, t. X, p. 373.

Digitized by Google

de la *Revue critique* de Heidelberg, ce beau recueil qui, pendant vingt années, a developpé le mouvement juridique de l'Europe; où, sous la direction du vétéran de Heidelberg, M. Mittermaier, les principaux jurisconsultes de l'ancien et du nouveau Monde ont apporté le tribut de leurs pays respectifs, en contribuant ainsi à fonder la science toute moderne de la *législation comparée*, manifestation, au XIX° siècle, dans le domaine juridique, de l'esprit d'association des peuples civilisés.

La *Revue* de Munich a sans doute une mission difficile à remplir pour répondre à de légitimes espérances. En succédant à la *Revue* de Heidelberg, elle doit, d'une part, remplir une lacune considérable, qui longtemps encore se fera sentir très-vivement. Et en empruntant son nom à un recueil trimestriel publié également par la maison de Cotta, l'ancien éditeur des classiques allemands, de Schiller, de Goethe et de tant d'autres, recueil si estimé en Allemagne sous le nom de *Deutsche Vierteljahresschrift*, elle semble, dès le début, vouloir ambitionner la première place. Disons toutefois que si la tâche de la nouvelle *Revue* est ardue, elle l'a déjà réalisée, du moins en partie, d'une manière satisfaisante. Il suffira, pour s'en convaincre, de jeter un coup d'œil rapide sur les principaux articles publiés dès la première année. Une analyse sommaire de quelques-uns de ces travaux, après les avoir dépouillés de leur caractère par trop *germanique*, tout en leur laissant ce caractère général qu forme le trait saillant de l'esprit français, fera encoré mieux ressortir l'importance et la richesse du nouveau recueil.

RÉGIME FONCIER DE L'ALLEMAGNE.

Commençons par un excellent travail du *docteur* Luhrsen, à Hambourg, sur la législation hypothécaire (pages 243-262)[1]. Nous avons eu l'occasion, il y a quelques années, d'exposer dans la *Revue* le régime foncier de la *reine des cités anséatiques*, « de cette législation curieuse qui a résolu le problème « du crédit foncier, après l'avoir réduit à son expression la « plus simple[2]. » Qu'il suffise d'en rappeler en quelques mots

[1] Dans les villes *anséatiques*, les avocats et les jurisconsultes portent, d'après un antique usage, le nom de *docteurs* (*doctor utriusque juris*).

[2] V. la *Revue*, t. XI, p. 541, et mon *Régime foncier des États du Nord*, 1858, n° 8, p. 13-16.

Digitized by Google

les bases fondamentales. Aucun droit réel ne peut, d'après la loi hambourgeoise, exister en dehors de l'inscription. La propriété d'un immeuble s'acquiert par le fait seul et du jour seulement de l'inscription. Aucune réclamation, aucune éviction n'est reçue contre le titre résultant de l'inscription. Toute mutation d'immeuble doit être précédée de la formalité de la *saisine* et d'une déclaration des parties, présentée à cet effet devant le tribunal de la ville (le *nantissement* de l'ancien droit français). L'inscription s'opère à la suite de cette déclaration, reçue au greffe du tribunal. Tous les biens-fonds, avec les charges réelles de toute nature qui les grèvent, sont inscrits sur le livre terrier de la ville (*Stadtbuch*), dont le livre des hypothèques (*Stadtrentenbuch*), qui reçoit les inscriptions hypothécaires, forme le corollaire naturel. Ces deux registres se relient entre eux par un registre général, qui reproduit un résumé succinct de leur contenu. Aucune hypothèque ne peut être inscrite ni rayée, sans être précédée de la formalité de la saisine. Les créanciers inscrits ont seuls le droit de se faire payer sur le prix de l'immeuble engagé; ils ne perdent leurs droits que par la radiation de l'inscription. Un simple extrait d'inscription délivré par le greffier de la ville, tient lieu au créancier de titre. La femme mariée n'a aucun droit de préférence sur les biens du mari tombé en faillite après cinq ans du jour du mariage; dans les cinq premières années elle peut prendre inscription.

Une commission spéciale déléguée par le tribunal de la ville, et chargée de surveiller la gestion de tutelle, prend pour sûreté de l'hypothèque légale des mineurs, inscription sur les biens du père et du tuteur [1].

Le docteur Luhrsen nous raconte que, chargé pendant dix-huit ans de la conservation des livres fonciers de la ville, il a vu pendant cette longue période s'opérer dans sa gestion plus de quatre-vingt mille inscriptions hypothécaires, dont la valeur représentait un chiffre d'au moins 200 millions (en francs), et qu'il ne s'est guère présenté dans cet intervalle *une seule contestation* concernant soit la validité de l'inscription, soit le rang de priorité, soit la légalité de la créance, de nature à être

[1] V. mon *Régime foncier*, p. 15 et 16, et mon tableau du droit hambourgeois dans la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, par M. A. de Saint-Joseph, 2e édit., 1856, t. II, p. 343 et 344.

Digitized by Google

soumise à la décision du tribunal. Il atteste en outre, d'après sa connaissance personnelle, que sur toutes les *premières* hypothèques inscrites pendant la même période[1], pas un denier n'a été perdu par les créanciers ni en capital ni en intérêts.

M. Luhrsen observe encore que le mode d'acquisition, en matière d'immeubles, doit former la condition préliminaire et fondamentale de tout régime foncier. La *publicité* de l'hypothèque, selon lui, ne consisterait pas seulement dans la procédure à suivre devant l'autorité hypothécaire (ou le tribunal), mais en même temps aussi dans sa nature essentiellement *orale*, c'est-à-dire dans la présence et le consentement *verbal* des parties lors de leur comparution devant cette autorité, chargée de recevoir leurs déclarations et d'en dresser un procès-verbal avant de procéder à l'inscription. L'auteur reproche à la célèbre ordonnance prussienne de 1783 d'avoir porté la première atteinte à cette base fondamentale du régime foncier *allemand*, en substituant au consentement verbal des parties la production de pièces authentiques[2].

L'auteur observe également que l'hypothèque *allemande* diffère essentiellement de l'hypothèque *romaine*, à laquelle elle n'aurait emprunté que le nom ; que l'hypothèque *allemande* est une institution *sui generis* comme *la lettre de change*[3]. Il définit l'hypothèque *allemande* un droit réel sur un bien-fonds, né d'une inscription faite avec le consentement du possesseur de l'immeuble (*Besitzer*) sur les registres fonciers, produisant les effets déterminés par la loi, et ne s'éteignant que par la radiation de cette inscription. La mission du législateur, selon lui, consisterait à mettre les hypothèques inscrites à l'abri de toute

[1] *In erster priorität*, de première priorité : on entend par là les inscriptions hypothécaires qui forment le premier tiers de l'impôt cadastral ou foncier, sujet à une révision annuelle.

[2] *Weil sie die erste gewesen welche dieses Grundprincip, worauf aller Real-Credit beruht, die Grundlage aller deutschen Einrichtungen gesetzlich vernichtet hat.* — V. mon *Régime foncier*, nos 12 et 13, p. 20 et 21.

[3] Telle est aussi l'opinion de MM. Mittermaier et Holtius, du moins à l'égard de la lettre de change. — V. mes comptes-rendus dans la *Revue de droit français et étranger*, 1848, t. V, p. 103-104, et dans mon aperçu : *Des lettres de change d'après le Code de commerce et la loi allemande du 24 novembre 1848*; Paris 1848, n° 3, p. 12.

Digitized by Google

contestation, et à veiller à ce qu'elles conservent le rang de priorité qui leur est assuré par la date de leur inscription sur les registres. Le législateur arrivera à résoudre le problème en statuant que le possesseur, qui peut valablement transférer un immeuble, pourra seul le grever d'hypothèques; que les biens-fonds possédant un *folio* spécial sur les registres fonciers seront seuls susceptibles d'hypothèque, et que les hypothèques, une fois inscrites, ne devront plus s'éteindre que par une radiation effectuée avec le consentement des ayants droit. La conservation la plus convenable des livres fonciers et la procédure à suivre dans ces opérations seront les corollaires, les conséquences nécessaires de ces sages prescriptions. Une législation hypothécaire conçue sur de pareilles bases, répondant à tous les besoins du crédit, d'une nature toute spéciale, peut coexister avec n'importe quelle législation civile, avec le *Code Napoléon* comme avec le Code prussien ou le droit romain. Elle peut coexister à côté des hypothèques romaines, légales, générales. L'hypothèque légale elle-même, par l'effet de l'inscription, devient une hypothèque *allemande*. En réglant le régime hypothécaire dans des vues d'amélioration, le législateur doit sans doute se demander s'il ne conviendrait pas de remplacer le système si savant, si compliqué de la transcription des contrats de vente et de constitution d'hypothèque, par de simples inscriptions de la *somme* sur les registres, avec mention de la priorité de l'inscription, tout en accordant aux parties la faculté de faire transcrire à la suite de ces énonciations toutes les clauses particulières convenues entre elles. L'établissement d'une *conservation* hypothécaire tenant compte de ces divers besoins, rendra faciles les inscriptions soit nominatives, soit au porteur; et cette organisation ne serait en aucune façon exclusive du système de *transcription* des contrats hypothécaires, bien que ce système entraîne des *écritures inutiles et continuelles* dont on doit désirer la suppression.

L'auteur se plaint enfin de ce qu'en général les gouvernements ne se montrent guère soucieux de fonder le *crédit foncier*, par la crainte de créer au *crédit public* de l'État un concurrent dangereux. Il reproche notamment aux rédacteurs du Code Napoléon d'avoir résolu dans un *sens négatif* la question de savoir, s'il y *avait quelque chose* à faire au profit du crédit foncier. L'essai, depuis, a été fait, ainsi que je viens de le rap-

Digitized by Google

peler, dans la législation française. C'est un premier pas dont l'importance ne peut être méconnue.

PROPRIÉTÉ LITTÉRAIRE.

Le travail si approfondi du docteur Luhrsen est précédé, dans la *Revue critique de Munich*, d'un travail non moins intéressant d'un savant romaniste. Nous connaissons tous le professeur qui figurait, il y aura bientôt une quarantaine d'années, dans la pléïade des professeurs (Holtius, Birnbaum, Visscher, etc.), appelés par le gouvernement néerlandais au sein de l'université nouvellement fondée de Louvain, et destinée à raviver les études juridiques dans les provinces belges. M. Warnkönig, le vaillant champion de la *Revue critique* de Heidelberg, dont il a été l'un des ornements, et dont la *Revue de droit français et étranger* recevait quelquefois d'importantes communications, tient à honneur à conserver sa place dans la nouvelle *Revue*.

Son article intitulé *De l'état de la législation et de la littérature relative aux droits d'auteur* (p. 46 et 186), rend compte des travaux du *congrès de la propriété littéraire et artistique*, qui s'est réuni naguère à Bruxelles [1].

M. Warnkönig commence par une introduction historique de la question. Dès la fin du XVIIIe siècle, Putter, le publiciste (1775), Kant (1785) et Fichte (1793), les philosophes, firent entendre leurs voix puissantes en faveur des droits d'auteur. En Allemagne, de nos jours encore, Gerber, Griesinger (1822), Höpfner (1843) et même Walter, le doyen de Bonn, écrivaient en toutes lettres : « La *liberté naturelle* des profes- « sions industrielles milite en faveur du droit de contrefaçon » (*für die Zulässigkeit des Nachdruckes streitet die naturliche Freiheit der Gewerbe* [2]). — Jolly, dans sa *Théorie de la contrefaçon* (Heidelberg, 1852), dit dans un sens analogue : « La « contrefaçon ne devient illicite qu'autant que la loi, par des « *motifs d'équité* au profit des auteurs, la proscrit. » Un certain nombre d'écrivains, en tête desquels figure Kant,

[1] V. le *Compte-rendu des travaux du congrès*, par E. Romberg, secrétaire du congrès; 1858, 2 vol. in-8°.

[2] Walter, *Système du droit privé allemand;* Bonn, 1855, p. 362.

Digitized by Google

regardent les droits d'auteur comme un *droit personnel*. La négation de cette théorie est celle qui voit dans les droits d'auteur un droit de propriété (*Vermögensrecht*). Elle se subdivise à son tour dans plusieurs fractions : 1° Quelques écrivains, notamment Eisenlohr (1855), Schmid et M. Warnkönig lui-même, y retrouvent le caractère d'un *droit réel;* 2° Wächter (*das Verlagsrecht*) rejette cette définition d'un droit réel : selon lui, les droits d'auteur constitueraient un droit *industriel*, droit lésé par la contrefaçon, et donnant par suite lieu à des dommages-intérêts résultant d'un délit; 3° Harun les définit, d'une manière assez obscure, un droit *mixte*, important pour l'honneur et la liberté personnelles.

La diète germanique, en exécution de l'article 18 de l'acte de la Confédération et de l'article 36 de l'acte final de 1820, s'est décidée enfin, après de longues délibérations, à publier en 1832 un *arrêté* fédéral (*Bundesbeschluss*) qui garantit aux auteurs, éditeurs et libraires allemands, la protection des lois en vigueur dans les divers États de la Confédération pour la répression de la contrefaçon. La Prusse l'avait précédée dans cette voie, en concluant successivement avec trente-deux États fédéraux des traités basés sur le principe de la réciprocité. Par un autre arrêté du 2 avril 1835, la diète fit une sommation aux divers gouvernements de faire connaître, dans un délai de deux mois, ce qu'ils avaient fait en exécution de l'article 36 de l'acte final de Vienne de 1820. En 1837 elle accorda aux œuvres littéraires et artistiques publiées dans le territoire de la Confédération, une protection *décennale*, qu'elle étendit en 1841 aux œuvres dramatiques et de musique. Par un arrêté du 19 juin 1845, le délai protecteur fut prorogé pendant *toute la vie* de l'auteur, et pendant *trente ans* après son décès (ce qui est la loi française actuelle). Enfin elle étendit ce délai au profit des auteurs décédés avant le 9 novembre 1845.

L'Autriche a conclu dès 1840 des traités de contrefaçon avec les États d'Italie, Sardaigne, Rome, Modène, Lucques, Toscane et Parme. La Prusse a fait un traité avec l'Angleterre en 1846, traité auquel ont accédé Oldenbourg, Weimar, Brunswick, Hambourg, les principautés d'Anhalt et de Schwarzburg; un traité analogue avait été conclu en 1845 entre le Hanovre et la Grande-Bretagne. Pour les traités conclus par les divers États allemands avec la *France*, on peut consulter mon *Traité du*

Digitized by Google

droit public européen (d'après l'ouvrage si estimé de M. Heffter), § 242, p. 451 et 452.

Dans l'exposé de la législation anglaise et française, en matière de contrefaçon, M. Warnkönig a consulté avec fruit les *Études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre*, publiées en 1858 par MM. Laboulaye.

Dans la quatrième partie de cet important travail, le savant professeur rend compte de l'organisation, des débats et des résolutions du *congrès de Bruxelles*, cet ancien siége d'un commerce peu loyal, que la réunion du congrès avait précisément pour objet de faire proscrire d'une manière définitive. Le congrès, composé de cinq cent quatre-vingt-neuf membres dont trois cent trente s'étaient présentés, a siégé depuis le 27 septembre jusqu'au 5 novembre 1858. Il s'est divisé en cinq sections, correspondant aux cinq questions préalablement arrêtées dans les lettres de convocation (Reconnaissance internationale de la propriété littéraire et artistique; — propriété des ouvrages litéraires et artistiques; — représentation et exécution des œuvres dramatiques et musicales; — arts et dessins; — questions économiques).

M. Warnkönig nous donne une appréciation très-exacte des débats qui ont eu lieu dans le sein du congrès. Il s'arrête notamment aux discussions qui avaient pour objet la fixation de la durée à accorder aux droits d'auteur (29 septembre). Il analyse les opinions émises par les partisans du droit de la *propriété intellectuelle* (MM. Breulier, Guiffrey, Jules Simon, Ét. Blanc, Garnier, Capellemans), ainsi que par les adversaires de cette théorie (MM. V. Foucher, Calmels, Faider et Wolowski). Les adversaires de la théorie de la propriété illimitée se subdivisent à leur tour : les unes la regardent comme une propriété *sui generis*, les autres comme un droit spécial, qui diffère essentiellement de la nature de la propriété. D'un autre côté, plusieurs défenseurs de la théorie de propriété illimitée admettent que la législation, par des raisons de convenance et d'utilité publique, peut n'accorder à cette espèce de propriété qu'une durée temporaire, sans porter préjudice à son véritable caractère. Il insiste surtout sur l'opinion défendue par MM. Wolowski et Faider, opinion qui, en s'appuyant sur l'autorité de *Napoléon Ier*, démontre le côté impraticable de cette doctrine; elle a montré en même temps qu'aussitôt après

Digitized by Google

la publication d'une œuvre intellectuelle, commence au profit de la société, de l'humanité entière, un droit d'usage de *tous*,— droit que la perpétuité du droit de protection tend à limiter d'une manière inadmissible. « Je la crois, disait M. Wolowski, « contraire aux intérêts des auteurs et de la civilisation, parce « qu'une assimilation inexacte fait violence à la nature des « choses. » — C'est également à une observation faite par M. Wolowski, au début de la séance du 30 septembre, que nous devons la remarquable *introduction historique*, relative aux opinions professées, depuis la fin du XVIIIe siècle, en France et en Angleterre sur la propriété littéraire, et qui forme l'un des plus beaux ornements du compte-rendu du congrès.

En ce qui concerne la durée à accorder aux droits d'auteur, M. Wolowski proposait de la fixer conformément au système anglais, à quarante-deux ans; M. Pacheco, d'après l'exemple de l'Espagne et de la Russie, à cinquante ans. C'est ce dernier terme auquel s'est arrêtée la section du congrès, en y ajoutant un droit viager d'usufruit au profit de la veuve.

RÉFORME DE LA PROCÉDURE CRIMINELLE EN ALLEMAGNE.

Le vétéran de Heidelberg qui, encore en ce moment, comme il y a cinquante ans, avec une ardeur infatigable et toujours nouvelle, explique devant un nombreux auditoire son *Cours de procédure criminelle comparée*, M. Mittermaier, dont l'Allemagne (avec la Suisse) a célébré le *Jubilé*, le 8 mai dernier, avec un enthousiasme que le centième anniversaire *du grand poëte national* pouvait seul dépasser, quelques mois plus tard: M. Mittermaier nous donne dans la *Revue de Munich* (p. 524-549) un travail *sur la réforme de la procédure en Allemagne*, qu'avec cette rare modestie qui le caractérise il a intitulé d'*Étude sur la littérature de la procédure criminelle*[1].

Grâce à quarante années d'efforts du célèbre professeur, les grands principes de la procédure criminelle moderne et fran-

[1] A l'occasion d'un *Manuel de la procédure criminelle de la Bavière, comparée à celle des autres pays* (*Lehrbuch des bayerischen Strafprocessrechts, mit Rucksicht auf andere Gesetzgebungen*), par Fr. Walther. Munich, J. G. Cotta, 1859.

Digitized by Google

çaise, le débat oral et public, les institutions du ministère public et du jury sont enfin, à la suite du mouvement de 1848, entrés dans le droit commun de l'Allemagne; ils y ont définitivement succédé à la procédure surannée de l'instruction écrite et secrète, née en Italie dans les cours ecclésiastiques du moyen-âge, et connue sous le nom de *procédure par voie d'inquisition* (*Inquisitionsprincip*).

M. Mittermaier se plaint de la regrettable précipitation avec laquelle cette réforme s'est opérée. « Une circonstance peu fa-« vorable, dit-il, à une législation radicale a été que les fonc-« tionnaires de certains pays, chargés de l'élaboration de « nouveaux projets de code, avaient figuré précisément jusque-« là parmi les adversaires le plus prononcés de la nouvelle « procédure, ou bien n'avaient pas eu d'occasion suffisante « pour l'observer dans la pratique. La nécessité de céder à « une pression venant du dehors avec une force croissante, « exigeait la prompte introduction de la nouvelle procédure; « aussi, dans certaines contrées, on a conservé l'organisation « judiciaire jusqu'alors établie, tout en y faisant violemment « entrer les principes de la nouvelle procédure; et l'on s'est « contenté de publier quelques prescriptions légales, applica-« bles aux délits déférés au jury; on a laissé, par conséquent, « subsister l'ancienne procédure secrète, soit pour les délits « non déférés au jury [2], soit pour l'instruction préliminaire. « C'est ainsi qu'on a maintenu la *forme de l'inquisition* (par « voie d'instruction) dans l'instruction préliminaire, et qu'on « a greffé là-dessus la *forme de l'accusation* (par voie d'accu-« sation) [1]. Les jurisconsultes-législateurs de ces pays avaient « une notion peu claire de cette dernière forme de procédure « qu'ils qualifiaient de *procédure finale*, celle qui, en réalité, est « la principale (le débat public). »

L'auteur se plaint de l'insuffisance des ouvrages relatifs à la procédure française, lors de l'introduction en Allemagne de la nouvelle procédure criminelle. M. Bérenger, dans son très-estimable Traité de la *justice criminelle*, avait sans doute fait la critique la plus approfondie de la procédure criminelle de la France;

[2] *Schwurgerichtliche, — nicht schwurgerichtliche Fälle.*

[1] *Anklageform-Inquisitionsform; — der inquisitorische Charackter des Vorverfahrens; — Hauptverfahren, — Schlussverfahren.*

Digitized by Google

« Bourguignon, Carnot, Legraverend avaient publié des ob-
« servations pratiques sur les divers articles du Code d'instruc-
« tion criminelle. *Mais de l'ouvrage de M. Faustin Hélie, il n'a-*
« *vait été encore publié que les trois premiers volumes. La France,*
« *en* 1848, *ne possédait pas encore son traité théorique de l'in-*
« *struction criminelle*[1]. — La jurisprudence de la Cour de cassa-
« tion pouvait encore fournir aux jurisconsultes de l'Allemagne
« de précieux matériaux : mais ils ne savaient guère s'en ser-
« vir. En arrachant un arrêt de l'ensemble de la collection, au
« lieu de l'examiner dans ses rapports avec ceux qui l'avaient
« précédé ou qui l'ont suivi, on s'en servait seulement pour
« créer des formules. Les jurisconsultes allemands n'ont fait
« aucun usage de ce précieux recueil, publié sous le nom de
« *Journal de droit criminel*, par M. Morin. La jurisprudence
« belge qu'on peut étudier dans le récent ouvrage intitulé :
« *La procédure devant la cour d'assises* (Bruxelles, 1858) mé-
« ritait également de fixer leur attention. »

Le savant auteur soutient que pour donner à la procédure criminelle de l'Allemagne une base scientifique, il faut arriver à formuler des principes adaptés à une juste application des nouvelles lois. Il s'agit de se pénétrer d'une saine intelligence de l'objet de la procédure criminelle et de ses rapports avec le droit pénal, avec les institutions politiques, sociales et morales. Il importe de recueillir, au point de vue de la science, les décisions intervenues dans cette matière; il importe d'examiner les résultats pratiques des nouvelles lois. Là où le principe de l'intimidation domine dans la législation pénale, la procédure criminelle aura moins pour objet de satisfaire au besoin de la justice et d'écarter tout obstacle de nature à entraver la libre défense, que de favoriser plutôt tout ce qui promet une prompte condamnation de l'accusé. Une législation criminelle qui contient de nombreuses pénalités édictées d'une manière absolue, qui renferme le pouvoir discrétionnaire du juge dans des limites étroites et ne lui fournit guère la possibilité de graduer l'application de la peine selon la culpabilité de l'accusé, sera brève et entrera en peu de détails; tandis que la législation pénale reposant sur le principe de la *justice*, nécessitera une

[1] L'ouvrage, composé de neuf volumes, est aujourd'hui complétement terminé.

Digitized by Google

procédure plus étendue, tenant compte de toutes les nuances si diverses[1] de la culpabilité. D'un autre côté, plus les institutions politiques d'une nation seront libres, plus on y reconnaîtra les périls d'une instruction criminelle pour la liberté individuelle et la sûreté des citoyens : plus on multipliera les garanties légales de l'accusé ; — moins elles le seront, moins on favorisera les moyens de défense. C'est ce que M. Liebers, à Philadelphie, a parfaitement expliqué dans son important ouvrage intitulé : *On civil liberty* (1859). Enfin, d'abondants recueils de causes criminelles sont de la plus haute importance pour le législateur, comme pour le juge et le jurisconsulte. C'est par là seulement qu'on évitera l'inconvénient si commun en Allemagne, d'édicter une foule de dispositions formelles qui, dès qu'il s'agit de les appliquer dans la pratique, viennent entraver la liberté de mouvement du juge, et lui susciter des entraves de nature à rendre impossible une instruction en rapport avec les besoins de l'espèce.

M. Mittermaïer professe une haute admiration pour la justice criminelle *anglaise :* il en éprouve une beaucoup moindre pour celle de la *France.* Aussi approuve-t-il, dans les nouvelles lois de Allemagne, les nombreuses corrections qu'on y a fait subir aux principes français, empruntés au Code d'instruction criminelle, celles notamment qui ont pour objet l'information préalable, la rédaction des questions posées au jury, etc. Il critique la position prépondérante du ministère public, la situation du prévenu placé en face du juge d'instruction dans une procédure à huis clos, la contrainte morale qui lui est imposée et qui l'oblige de répondre à toutes les questions de l'interrogatoire, l'étendue de pouvoir du président de la Cour d'assises à l'audience. Il critique également la dénomination de *gardien* (ou défenseur) *de la loi*, donnée au ministère public, comme une expression dangereuse[2], de nature à favoriser les empiétements des organes de ce dernier, à créer des dangers pour l'indépendance du pouvoir judiciaire, à favoriser un système de surveillance sur le personnel de la magistrature, nuisible à la moralité des fonctionnaires publics. Il s'élève avec énergie contre l'excès de pouvoir du président, lui permettant de traiter

[1] *Combinationen.*

[2] *Gefährliche, französische Phrase.*

Digitized by Google

quelquefois le prévenu comme s'il était déjà condamné, de se croire autorisé à employer tous les moyens pour la découverte de la vérité, de manière à lui faire confondre parfois, lors de l'interrogatoire de l'accusé, son rôle de président avec celui de juge d'instruction. Il se plaint de l'insuffisance des règles *en matière de preuve*, notamment en ce qui concerne la preuve par voie d'experts : il cite à cet effet deux procès tout récents, en France et en Angleterre [2]. Enfin, M. Mittermaier fait entendre de nouveau sa puissante voix sur la valeur relative de l'institution du *jury* et de celle de *juges permanents*. Le jury, selon lui, inspire plus de confiance par les garanties résultant du nombre plus considérable des membres appelés à y siéger, par la faculté de récusation accordée au prévenu. Les personnes qui composent le jury appartiennent aux diverses classes de la société, elles sont familiarisées avec tous les besoins de la vie. Appelées seulement à juger passagèrement et non pas d'une manière permanente, elles se trouvent à l'abri des périls résultant d'un attachement habituel à l'autorité de la chose jugée et à l'application des règles et formules, consacrées par les traditions d'une *corporation* sur des questions de preuve. Les jurés s'identifient promptement avec la personne et la situation de l'accusé, ils apprécient les faits et les preuves sous un point de vue plus individuel, plus *subjectif* : inspirés par le sentiment public, ils saisissent facilement l'étroite limite, souvent imperceptible, qui sépare la justice de l'injustice, et ils rendent une sentence conforme à ce sentiment, tout d'*équité*.

DROIT PUBLIC ET ADMINISTRATIF DE L'ANGLETERRE.

Il existe une certaine analogie entre l'histoire parlementaire de l'Angleterre et l'histoire du droit romain : l'une est devenue la source inépuisable du droit constitutionnel moderne, comme l'autre forme la base de nos études juridiques. Le professeur, M. *Rod. Gneist*, à Berlin, a donc rendu un véritable service à la science par son traité du *Droit constitutionnel et*

[2] En France le procès des dames *Lemoine*, en Angleterre celui de *Smethurst*. — *The case of Thomas Smethurst, his trial, respite, pardon, with the original documents being a vindication of the Course pursued by Her Majesty's government*, by Newton; London, 1859.

Digitized by Google

administratif actuel de l'Angleterre, dont le 1er volume (*prérogative royale, charges et emplois publics, armée, tribunaux, église, la cour du roi*) a été examiné d'une manière très-approfondie par M. Marquardsen, à Heidelberg [1].

Le critique se plaint de ce que l'histoire de la conquête normande a été, très-longtemps du moins, pour les historiens anglais comme pour ceux du continent, un sujet de préoccupation politique plutôt que de recherches scientifiques. Il reproche notamment à l'historien de Berlin de n'avoir vu dans la conquête normande que l'établissement ou l'acquisition d'un vaste domaine, avec son caractère essentiellement privé, et dans l'État féodal fondé par le *Conquérant* (*Conquisitor*), l'introduction d'un régime essentiellement despotique. Guillaume, le bâtard, se serait-il adjugé comme alleu libre, selon l'expression de M. Aug. Thierry, tout le sol de l'Angleterre avec la population anglo-saxonne qui le couvrait [2], pour le distribuer ensuite à titre de simples fiefs entre ses fidèles? Guillaume et ses successeurs auraient-ils continué à ne se considérer que comme simples ducs de Normandie, le conquérant normand serait-il devenu un simple acquéreur du *domaine d'Angleterre* [2]? Serait-il vrai enfin que tout ce qu'il y a de bon en Angleterre remontât aux temps anglo-saxons, tout ce qu'il y a de mauvais fût le résultat de la conquête normande? Le critique de Heidelberg, en désaccord trop fréquent avec l'auteur, soutient que ces diverses propositions renferment autant d'erreurs. Il cherche à démontrer que, dans les plus anciens documents, Guillaume prend le titre de *successeur légitime* d'Edouard; qu'il prétend défendre la couronne d'Angleterre contre Harold, *l'usurpateur* [3], qu'imitant l'exemple des rois anglo-saxons, il demande le consentement du peuple anglo-saxon, représenté par les grands, ses chefs. Quant à la confiscation des terres ayant appartenu aux

[1] *Das heutige englische Verfassungs und Verwaltungsrecht*, t. I. Berlin, 1857.

[2] *Als blosse Bekleidung.* — V. M. Aug. Thierry, *Conquête*, t. II, liv. IV, année 1066, p. 101 et suiv., édit. de 1826. M. Thierry constate, par des preuves non encore réfutées, le caractère essentiellement *domanial* et féodal, devenu depuis *patrimonial* de la conquête normande, et nous sommes tout disposé à adopter sur ce point important l'opinion du professeur de Berlin contre les observations de son ingénieux critique.

[3] *Die Domäne England.*

Digitized by Google

chefs anglo-saxons qui avaient servi sous Harold, le fils d'Edouard le Confesseur, n'y aurait-il pas procédé également par répression de ce que, d'après l'esprit de l'époque, était regardé comme crime de félonie? L'héritier légitime du souverain le plus légitime aurait-il traité le peuple anglo-saxon, insurgé, avec plus de ménagements que le bâtard normand qui, dès les premiers jours de la conquête, se serait voué corps et âme à ses nouveaux devoirs de roi d'Angleterre? Les meilleures institutions anglaises dateraient-elles de l'époque anglo-saxonne, ainsi que certains historiens l'ont prétendu? Ou bien, ainsi que le soutient notre savant critique, les principales institutions de la conquête se rattacheraient-elles à celles de l'époque précédente, ne différeraient-elles guère de celles du continent de l'Europe contemporaine, par exemple, des capitulaires de nos rois Francs [1]?

Le chapitre III du *Droit constitutionnel et administratif de l'Angleterre* contient le tableau de la troisième période de l'histoire anglaise, qualifiée par l'auteur de *période parlementaire.* C'est la période des trois Edouard (I, II, III) et de la formation du Parlement dans ses trois parties fondamentales : le *roi,* les *lords* et les *communes;* — la période où viennent se fixer d'une manière définitive le caractère nationnal, l'organisation politique et judiciaire, le droit privé, la jurisprudence, les universités, la langue anglaise, la période des lois organiques (*organisirende Gesetze*), pour nous servir de l'expression de notre auteur. Le siècle qui suivra sera rempli entièrement des luttes des deux maisons (la rose blanche et la rose rouge), qui se disputeront la succession du royaume, et des guerres du dehors; et le premier roi de la maison des *Tudors* retrouvera l'empire avec sa jurisprudence dans l'état où l'aura laissé le règne d'Edouard III.

Ici encore, le critique va se trouver en désaccord avec son

[1] Sur ce point encore je ne saurais partager l'opinion de l'érudit critique de Heidelberg, après avoir combattu, dans mon *Introduction historique* à la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon* de M. de Saint-Joseph (2e édit., t. I, § 2, n° 26, p. CXVIII), opinion suivant laquelle « les lois « de l'époque anglo-saxonne qui portent les noms de cette époque, depuis « Aethelbyrth jusqu'à Canut, furent respectées par le *Conquérant* et ses suc- « cesseurs; » — opinion qui ne saurait être soutenue avec succès en présence « du changement complet provoqué par la conquête dans l'organisation ju- « diciaire et *territoriale* de la Grande-Bretagne, bien que le droit anglais « réfléchisse encore incontestablement certains traits d'origine saxonne. »

Digitized by Google

auteur. Il se plaindra du peu de développements que l'historien aura donné à l'explication des origines du droit civil. Il nous montrera qu'en Angleterre on n'a jamais connu l'antagonisme qui s'est manifesté ailleurs entre les théories des jurisconsultes formés à l'école romaine et le droit populaire et national [1]; que le peuple anglais s'est *opposé* constamment avec la plus grande énergie à l'*introduction* de *lois* ou de *collections* de lois étrangères, à l'exception des tribunaux ecclésiastiques. La nation anglaise a toujours conservé religieusement le souvenir de la réponse donnée par tous les comtes et les barons (*omnes comites et barones*) de la diète de Morton : « *Quod nolunt leges* « *Anglie mutare, que usitate sunt et approbate* [2].

Le droit formé par les jurisconsultes anglais, le *common law* (*Juristenrecht*), est issu des entrailles du peuple, et si nous exceptons le droit de propriété et les droits réels qui se sont perdus dans de subtiles et stériles distinctions, les vieux fondements du régime féodal ayant survécu à ce régime, le droit anglais, tel qu'il s'est développé par la jurisprudence des tribunaux, est une loi éminemment nationale et populaire. C'est le grand mérite des jurisconsultes anglais d'avoir su concilier la jurisprudence des tribunaux avec la conscience du peuple. Il existe même encore aujourd'hui en Angleterre un parti considérable, qui s'élève avec énergie contre ce qu'il appelle les *blunders* (bévues) de la législation parlementaire et de l'influence du continent sur le *common law*, véritable expression primitive du caractère national anglo-saxon.

Par rapport à l'*organisation communale*, l'auteur observe que la circonstance si favorable à la condition de la classe des cultivateurs anglais, de n'être pas restée pendant des siècles dans les liens d'asservissement à la noblesse, comme celle du continent, n'a pas nécessité la formation de communes indépendantes et libres, ni la constitution indépendante des communes urbaines vis-à-vis des comtés ou des campagnes rurales [3].

[1] *Volksthumliche Rechts-Anschauung.* — V. mon introduction historique à la 2e édition de la *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, par M. de Saint-Joseph, nos 25 et 26, p. CLVI et CLVII.

[2] *Statutes of the realm*, t. I, p. 4. — V. l'*Histoire du droit français*, par M. Laferrière, t. VI, p. 474.

[3] La dénomination de *comtés incorporés*, donnée aux villes de comté, est très-ancienne, mais il n'est guère démontré qu'elle ait commencé à être em-

Digitized by Google

Le savant professeur de Berlin nous raconte la naissance de cette classe intermédiaire placée entre la haute aristocratie et la classe des *yeomanry*, et qui se compose de tous les propriétaires du comté (*County*) en possession de terres d'une certaine étendue. Cette classe, observe-t-il avec une haute raison, forme le noyau de l'assemblée des hommes libres (*freisassen*, *freeholders*), qui se réunit à certaines époques pour remplir de graves devoirs et qui, avec le sentiment de la communauté de ces devoirs, acquerra d'âge en âge le sentiment croissant de ses droits corrélatifs, jusqu'au moment où il deviendra la classe prépondérante de l'État [1]. Grande est la distance qui sépare cette classe moyenne de propriétaires formant la chevalerie anglaise de celles du continent qui, après avoir disposé arbitrairement et sans contrôle du sort de milliers de troupeaux de serfs, et après avoir ainsi dissipé la majeure partie de leurs domaines, viendront à un jour donné offrir leurs services à l'État et se mettre à leur tour sous son joug [2].

ployée déjà sous le roi Jean. — La circonstance que, dans les luttes du parlement, la ville de Londres figure toujours dans les rangs de la noblesse, s'explique peut-être moins par le grand nombre de maisons possédées par la noblesse que par le fait qu'aucune ville n'a été autant pressurée par les rois d'Angleterre, les Jean, les Henri, les Édouard, que la cité commerciale, déjà alors la plus riche du royaume. — Dans l'administration municipale de Londres on ne rencontre plus, sous le règne d'Édouard Ier, aucune trace de la noblesse, par suite peut-être de ce que la plupart des maisons se trouvaient en dehors de la Cité (*City*) proprement dite.

[1] L'expression de grands et de petits vassaux (*majoribus* et *minoribus*, *ab incolis tam majoribus quam minoribus*), employée dans l'assemblée du royaume tenue à *Marleborough* (1267), s'applique évidemment à cette classe de propriétaires moyens, la chevalerie des comtés qui, comme les villes et les comtés, figure aux diètes du royaume par représentation (*vice omnium*). M. Ranke aussi, dans son Histoire d'Angleterre (*Englische Geschichte*, Berlin, 1859, t. I, p. 83), pense que le statut de Marleborough ou Morlebridge a été adopté avec le concours des représentants de la classe militaire ou de la chevalerie (*Militär*, *Ritter-stand*).

[2] M. Thorbecke, l'éminent publiciste néerlandais, observe à ce sujet : « Dans « ces royaumes, formés de la fusion des vainqueurs et des vaincus, le peuple « ne pouvait guère constituer un corps politique. On voit la royauté et les « grands de l'empire étendre graduellement sur les communes une oppres- « sion nouvelle, à un tel point que l'ancienne liberté communale succom- « bait sous le fardeau des charges militaires. » (Du droit actuel de cité

Digitized by Google

15. Une institution qui occupe une place considérable parmi celles de la première dynastie, est le Conseil privé (*permanent* ou plutôt *continual Council*, *Conseil continuel*). Le conseil privé n'est pas précisément, ainsi que l'auteur semble le supposer, cette institution qui, née en même temps que l'assemblée des notables, aurait fini, après la constitution définitive de la *pairie* (*Piers de la terre*, *Peers of the Land*), par s'absorber dans la haute chambre moderne. Car ce n'est pas le conseil permanent (*continual Council*) qui, réuni à l'assemblée des notables, est venu former un corps distinct du *Magnum Concilium* : ce dernier n'est lui-même que le conseil permanent ou privé, accru d'un certain nombre de hauts fonctionnaires, de juges, de barons. Sous le règne d'Édouard Ier on rencontre, à chaque session du parlement, un certain nombre de juges et d'employés du trésor, qui sont appelés à se présenter à l'endroit où siége le parlement (encore aujourd'hui on convoque au parlement des juges, comme conseillers de la haute chambre [1]).

La haute Cour du Parlement (*the high Court of Parliament*) est une juridiction royale au même titre et de la même nature que la Cour d'assises et le *King's bench*. Les prélats ne jouissent pas du privilége d'être jugés par la *Chambre des pairs*, parce qu'ils ne sont pas nobles de naissance (*noble by blood*).

L'auteur démontre parfaitement comment le principe d'un corps représentatif s'établissait dans la pratique à côté de hauts barons, siégeant en vertu d'un droit personnel. Le 12 décembre 1264 forme à cet égard une date mémorable dans les

(*Over het hedendaagsche burgerschaps-regt*), et ma traduction dans la *Revue de droit français et étranger*, t. V, 1848, p. 385. — V. aussi ses Observations sur la Constitution néerlandaise (*Anteekening op de Grondwet*, 2e édit., 1841), *ibid.* (Revue), t. IX, 1842, p. 664).

[1] C'est ce qui résulte des anciennes lettres de convocation adressées aux barons et aux prélats : « Ad parliamentum de arduis negotiis vos ceterosque « prelatos de eodem regno tangentibus. » Celles envoyées aux juges et aux officiers du trésor étaient ainsi formulées : « Quia super quibusdam arduis « negotiis nos et regnum nostrum, ac vos ceterosque de consilio nostro tan- « gentibus. » (Palgrave, *Parliamentary writs*, t. I, p. 28, 29, 82 et 83.)

[2] « Convocatis universis Angliæ prelatis et magnatibus, nec non cuncte- « rum regni sui civitatum et burgorum potentioribus. » — Les *Annales Waverleienses* racontent du parlement de 1271 : « Hoc anno convenerunt ar- « chiepiscopi, episcopi, comites et barones, abbates et priores, et de quolibet « comitatu quatuor milites et de qualibet civitate quatuor. »

Digitized by Google

Annales *parlementaires* de la Grande-Bretagne. Toutefois l'assemblée de 1264 n'est pas un fait isolé. Une chronique contemporaine fait mention d'un parlement tenu en 1270, et une autre de celui de 1271. C'est sous le règne d'Édouard Ier surtout que la convocation d'un parlement impérial devient régulière, et que la nécessité du vote des subsides ou impôts (*Aids, sentages*) par le parlement devient un axiome, qui jetera de profondes racines dans la conscience de la nation. Il est naturel que le droit de consentement aux impôts ait donné lieu au droit de délibération sur de nouvelles lois, — droit dont les notables du royaume étaient depuis longtemps en possession, et qui fut dès lors communiqué aussi aux représentants des villes et des comtés. Il se manifeste d'abord sous la forme de pétition; mais il n'en commencera pas moins à faire partie de l'initiative parlementaire de la chambre basse. Le *vote des impôts* restera toujours la principale prérogative de cette chambre.

L'auteur nous montre l'étroite union établie entre les représentants des villes et ceux des comtés, et par là il explique la naissance d'une chambre basse par opposition à celle composée des hauts barons (*magnates, proceres*) et prélats : réunies les deux chambres formeront la *Communitas regni* (*Communa, Communauté*), expression qui remonte bien au delà du règne d'Édouard III. L'expression « les communes de l'Angleterre » s'applique également à la chambre basse. L'auteur insiste à cette occasion sur l'esprit *corporatif* de la nation anglaise [1].

16. A quelle époque le droit de la chambre des communes de délibérer sur les lois qui n'ont pas pour objet le vote des impôts, a-t-il commencé à faire partie intégrante de la constitu-

[1] La même observation a été faite par M. de Mohl : « La conquête normande a été impuissante à détruire les antiques bases de la vie nationale, « le régime anglo-saxon des *corporations*, ainsi que l'ancien principe germanique qui appelait tous les hommes libres à délibérer, dans l'assemblée « nationale, sur les affaires communes. » (V. mon compte-rendu de l'*Histoire des sciences politiques*, dans la *Revue critique*, 1859, t. XIV, livr. de juin.) — Lorsque Édouard III devenait le compétiteur des Valois à la couronne de France, en faisant valoir ses droits de succession par les femmes, le parlement de 1331 déclara qu'Edouard, comme roi de France, ne pourrait exiger l'obéissance des barons et des communes, ni l'Angleterre être assujettie à la France. Ce fait, consigné dans les annales du parlement (*Rolls of parliament*, t. II, p. 213 et 313), semble avoir été ignoré par l'auteur de l'*Histoire d'Angleterre*, M. Ranke.

Digitized by Google

tion anglaise? Sous les dernières années du règne d'Édouard II, ce droit a été reconnu d'une manière formelle; mais le *fait* du consentement est bien plus ancien, en sorte que nous pouvons dire que dès le règne d'Édouard Ier, le nombre des cas où, dans les nouveaux statuts, on rencontre la mention du consentement des communes et celui où il ne font que constater seulement l'accord du roi et des hauts barons (*magnates*) ou du *magnum concilium*, se balance à peu près. Le vote des impôts par la chambre des communes, d'ailleurs, devait naturellement conduire à l'intervention du parlement dans les nouvelles lois, et il est constant que, dès le règne d'Édouard II le droit de pétition, dont la chambre basse faisait un ample usage, est devenu une source féconde et abondante de nouveaux statuts. Aussi, dans les lettres de convocation des communes de ces anciens temps, l'expression sacramentelle : *ad consulendum et consentiendum* se rencontre bien souvent [1].

Au droit de pétition de la chambre basse se rattache naturellement celui de *mise en accusation* et du renvoi (*impeachment*) de l'accusé, par cette chambre, devant la haute chambre siégeant comme Cour des pairs. Les commencements de ce droit ne se rattachent pas précisément, ainsi que l'auteur semble le supposer, à la *juridiction extraordinaire* exercée par le roi dans le grand conseil, mais plutôt à la juridiction de la haute chambre, jugeant, comme cour des pairs, non-seulement les pairs (hauts barons) du royaume, mais aussi d'autres personnes, en matière politique et de *félonie*. On ne saurait non plus, avec l'auteur, faire descendre les commencements de ce même droit jusqu'au règne d'Édouard IV, comme l'époque de la constitution des communes en *corporation*, en chambre distincte ou basse. Ne serait-il pas plus simple de dire que la date de 1376, date à laquelle nous voyons la chambre des communes faire usage de cette prérogative (*impeachment*), est précisément celle où elle était entrée dans la plénitude de ses sentiments de puissance et d'accroissement d'autorité?—Il serait en-

[1] L'Ordonnance de Carlisle, de la fin du règne d'Édouard Ier, contient déjà la formule suivante: « Dominus rex post deliberacionem plenariam et tractatum cum comitibus, baronibus, proceribus et aliis nobilibus, *ac communitatibus regni sui habitum* in præmissis, *de consensu* eorum unanimi et concordi, ordinavit et statuit » (*Statutes of the realm*, t. I, p. 152); on distingue entre *Ordinances* et *Statutes*.

Digitized by Google

fin difficile de soutenir avec le docte auteur, d'une manière absolue, que les droits corrélatifs de pétition et de mise en accusation, exercés par la chambre basse, eussent toujours dépendu des circonstances passagères de sa puissance, essentiellement variable. La force des faits exercera toujours une influence prépondérante dans le domaine politique; mais cette fois-ci du moins, *l'histoire* des faits ne semble pas tout à fait venir à l'appui de l'opinion professée par notre auteur.

Il y a un autre point sur lequel le profond historien semble s'être laissé entraîner par ses sympathies avouées pour la monarchie *pure* (*Reyno netto*), lorsque de la formule usitée dans les temps du règne d'Édouard Ier et de ses successeurs : « Le « Roi, dans son parlement, a ordonné avec son conseil ce qui « suit, » il veut tirer cette conclusion que le roi seul, à cette époque, fut considéré comme le véritable législateur.

Le long *règne d'Édouard III* a toujours été regardé comme l'expression de la *dernière phase* du développement, soit du parlement, soit du Droit public anglais. C'est pendant la même période également, que la juridiction d'équité (*Equity jurisdiction*) commence à se fixer.

Sous le règne d'Henri VI, le *Conseil permanent* ou privé (*continuel Council*) prend le caractère d'une autorité de l'Etat régulièrement organisée et chargée de fonctions ministérielles. La juridiction criminelle, considérablement développée sous Henri V, ainsi que les tentatives d'usurpation de ce Conseil sur le domaine du Droit civil, se brisent contre la résistance énergique, qu'elles rencontrent du côté des communes, devenues l'organe des doléances de la nation. D'autre part, la *juridiction d'équité* du chancelier du royaume commence à se détacher de celle du Conseil privé; elle est devenue nécessaire par l'esprit rigoriste, étroit, des cours de *droit strict*, au moment même où la haute chambre du parlement va recueillir une partie considérable de la juridiction criminelle, exercée jusque là par le Conseil. C'est encore la haute chambre qui va succéder au Conseil comme dernière instance en matière civile, chaque fois que les parties provoqueront ses décisions par un recours dit *writ of error*. Ce sera surtout sous le règne des Stuart que cette dernière partie de la juridiction de la haute chambre acquerra, dans la pratique, une importance décisive. Dès la 39e année du règne d'Edouard III, les juges de Westminster refuseront d'ad-

Digitized by Google

mettre la juridiction du Conseil privé[1]. En effet, la juridiction soit civile, soit criminelle du conseil privé ne pouvait guère se soutenir en présence des dispositions si formelles, et renouvelées depuis, de la *grande Charte.* Un acte du Parlement, à la vérité, sanctionne de nouveau, sous Henri VI, l'autorité judiciaire du conseil privé, mais en matière criminelle cette autorité ne doit plus reparaître que dans des cas exceptionnels, quand le bras de la juridiction ordinaire deviendra impuissant pour atteindre le trop puissant criminel.

M. Marquardsen résume ses observations sur l'ouvrage si considérable du savant professeur de Berlin dans les termes suivants : « L'auteur nous montre avec raison le goût du moyen-« âge de faire remonter bien haut les origines (*Stammbaum*) de « certaines institutions; il importe cependant d'éviter la ten-« dance opposée, à savoir celle qui consiste à étudier l'histoire « avec des idées conçues *à priori,* de nature à ne pas faire « apercevoir des institutions qui existent réellement. Ce n'est « ni faute de volonté, ni faute de savoir que l'auteur n'a pas « toujours su éviter ce reproche; cela tient plutôt à cette pre-« mière erreur, à cette supposition qu'il est possible d'écrire « l'histoire politique d'une nation par fragments détachés (*frag-« mentarisch*). »

Nous devons nous arrêter avec l'historien de Berlin à cette partie première et si intéressante de l'histoire parlementaire de la Grande-Bretagne, qu'il conduit dans le volume déjà publié jusqu'aux commencements de l'époque glorieuse de la maison des *Tudor,* inaugurée par Henri VII : nous espérons que l'auteur ne nous fera pas longtemps attendre la publication des volumes suivants, qui certainement ne le céderont au premier ni en profondes recherches ni en féconds résultats[2]. Depuis que le publiciste-philosophe du XVIIIe siècle, notre immortel Montesquieu, est allé en Angleterre étudier, « *retrouver les titres de l'humanité,* » qu'elle avait perdus dans la barbarie féodale du moyen-âge et dans les luttes issues du grand schisme religieux du XVIe siècle, luttes qui ont rempli, tout entiers, le XVIe et la première moitié du XVIIe siècle de leurs sanglantes péri-

[1] « Mes ces justices ne pristoient nul regard al reverser devant le coun-» cil, parceque ce ne fust place ou jugement purroit être reverse. » (Hale, *Jurisdiction of Lords House*, p. 41, *Yearbook* 39, *Edouard III*, 14.)

[2] Il vient de publier le deuxième volume.

Digitized by Google

péties, la Grande-Bretagne est restée le *sol classique* des institutions parlementaires et des principes de *liberté politique* de l'Europe du XIXe siècle. J. BERGSON.

COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE

DES LOIS D'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE.

Par MM. DE PEYRONNY, ancien magistrat, avocat à la Cour impériale de Lyon, et DELAMARRE, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Compte rendu par M. DE VALROGER,
professeur à la Faculté de droit de Paris.

J'ai sous les yeux un ouvrage récent sur ce sujet, dont l'auteur a cru bon de débuter par des considérations générales sur l'histoire de l'humanité. Il remonte, à travers l'obscurité des temps, jusqu'à l'époque où l'homme ne se nourrissait point encore de blé; puis, après avoir fait l'histoire des peuples chasseurs et pasteurs, il passe en revue les grandes révolutions de l'antiquité, du moyen âge et des temps modernes, pour arriver à conclure que le développement donné à l'expropriation pour cause d'utilité publique est le plus sûr thermomètre de la civilisation.

A ce compte, le terme suprême serait une expropriation générale qui ne laisserait subsister qu'un grand propriétaire, l'État, distribuant à tous la jouissance passagère du fonds social. Une telle conclusion n'est sans doute pas dans les intentions de l'auteur; mais n'est-elle point en germe dans son principe? Certes on doit de magnifiques transformations au droit supérieur exercé par l'État; mais si la loi ne renfermait l'exercice de ce droit dans ses justes limites, la propriété n'aurait plus qu'une existence précaire; elle ne serait plus qu'un fait provisoire, sans lendemain assuré.

C'est ce qu'ont bien compris les auteurs d'un autre livre sur le même sujet dont je veux rendre compte. Dans une préface courte et simple, MM. de Peyronny et Delamarre montrent les grands résultats que l'expropriation peut produire; mais ils marquent aussi les limites dans lesquelles elle a besoin d'être

Digitized by Google

contenue, pour que ce droit de l'État ne dévore pas tous les autres droits. « La propriété, disent-ils, ne peut être aveuglément « sacrifiée à des vues d intérêt général. Il n'y a plus de liberté là « où elle n'est pas respectée. La conciliation dans une juste « mesure des intérêts opposés de la propriété et des grandes « entreprises de travaux publics doit être le point de départ, le « but et le critérium des lois d'expropriation. » Paroles de bon sens qui caractérisent l'esprit de l'ouvrage.

Jusqu'à nos jours cette matière n'avait point été suffisamment réglementée. Ce ne sont plus aujourd'hui les lois qui nous manquent. La difficulté vient plutôt de lois nombreuses qu'on est quelquefois embarrassé de combiner : loi du 16 septembre 1807, loi du 10 mars 1810, décret du 18 août 1810, loi du 30 mars 1831, loi du 7 juillet 1833, ordonnance du 17 septembre 1833, loi du 21 mai 1836, loi du 3 mai 1841, loi du 13 avril 1850, décret du 26 mars 1852, décret du 27 décembre 1858..... Tant de monuments législatifs sur le même sujet rendent bien nécessaire un ouvrage qui distingue ce qui subsiste et ce qui est abrogé, qui rapproche les dispositions encore en vigueur et les éclaire les unes par les autres. L'impulsion extraordinaire donnée aux travaux publics a accru ce besoin. Aussi les publications relatives à l'expropriation pour cause d'utilité publique se sont-elles multipliées depuis quelque temps.

Les auteurs de ces divers ouvrages ont suivi des méthodes différentes. Il y a longues années que M. Delalleau avait publié un traité qui a eu plusieurs éditions. Les changements survenus dans la législation auraient rendu cet ouvrage suranné, s'il n'avait été mis au courant par de savants continuateurs. Les vastes proportions que l'ouvrage a prises ainsi en font une œuvre considérable, mais d'un usage peu commode, et moins faite pour le courant et la pratique que pour la méditation du cabinet. Le goût des études spéculatives du droit diminue malheureusement de jour en jour; le mouvement de la pratique entraîne tout. Aussi la forme plus accessible du commentaire obtient-elle une faveur croissante. C'est sous cette forme qu'a été récemment composée une explication des lois de l'expropriation par M. Daffry de la Monnoye. L'auteur, qui est un des greffiers de la Cour suprême, était placé à la source même de sa jurisprudence. Il a aussi exploré avec soin celle du Conseil d'État. Son ouvrage répond parfaitement au titre : on y trouve groupées sous chaque

Digitized by Google

article toutes les décisions administratives ou judiciaires qui s'y rattachent; mais on a quelquefois peine à se reconnaître au milieu de cette abondance de détails souvent arides. Le grand nombre préférera peut-être un ouvrage moins compliqué, offrant une explication claire, rapide et substantielle de la législation. Voilà le caractère de l'ouvrage que viennent de faire paraître MM. de Peyronny et Delamarre.

Les auteurs ont placé en tête des principales parties du sujet un aperçu général qui en donne une première vue, et prépare l'intelligence des textes légaux; puis ils passent à l'explication spéciale de chaque disposition, explication résumée d'abord dans des propositions sommaires dont le développement vient ensuite. L'exécution typographique met en relief ces propositions, où se trouve condensée la substance du sujet, et qui permettent d'en saisir d'un regard tout l'ensemble. L'ouvrage peut ainsi servir également à une lecture rapide par laquelle on ne veut que prendre une connaissance générale de la matière, et à une étude approfondie faite dans le but d'en scruter tous les détails. Les auteurs ont donc su, par un procédé ingénieux, approprier leur ouvrage à des besoins qu'il est difficile de concilier. L'avocat, le magistrat savent aller par eux-mêmes au fond des choses; mais combien d'hommes étrangers à la science du droit, administrateurs, hommes d'affaires, parties intéressées, sont provoqués par leurs fonctions ou par leur intérêt à rechercher les règles de l'expropriation pour cause d'utilité publique! Il leur faut une main qui les conduise, à travers une législation compliquée, par des voies aplanies d'où l'on a ôté les ronces et les épines. Voilà ce qu'ont su faire MM. de Peyronny et Delamarre. Sans sacrifier le caractère scientifique qu'il leur convenait de maintenir dans leur œuvre, ils ont pu, par une manière habile de présenter les choses sous deux aspects différents, concilier les besoins contraires de deux classes de lecteurs qu'un même ouvrage peut rarement satisfaire. Leur travail sera facilement lu, facilement compris par ceux même qui ne sont point initiés à la science du droit, et cependant les jurisconsultes y trouveront toute la substance de la doctrine et de la jurisprudence éclairées par des vues nouvelles et des idées d'une grande valeur.

J'en citerai un exemple. Le décret du 26 mars 1852, relatif aux rues de Paris, a autorisé l'administration à comprendre

Digitized by Google

dans l'expropriation la totalité d'immeubles atteints, lorsqu'elle jugera que les parties restantes ne sont pas d'une étendue ou d'une forme qui permettent d'y élever des constructions salubres. Il a disposé, de plus, que les parcelles de terrain acquises en dehors des alignements et non susceptibles de recevoir des constructions salubres, seront réunies aux propriétés contiguës, soit à l'amiable, soit par l'expropriation de ces propriétés. Voilà une portée nouvelle et grave donnée à l'expropriation pour cause d'utilité publique. L'administration a paru à quelques-uns tendre à l'accroître encore par un usage très-hardi de ces dispositions. MM. de Peyronny et Delamarre exposent les considérations puissantes qui ont inspiré le décret de 1852; mais ils réclament fermement pour la propriété privée toutes les garanties qui sont compatibles avec ses termes. Ainsi, à qui appartient le droit de juger s'il y a lieu d'user de la faculté attribuée à l'administration, au cas où l'exercice de cette faculté serait contesté? Un règlement du 27 décembre 1858 a décidé que, si les propriétaires s'opposent sur le procès-verbal d'enquête à l'expropriation, elle ne pourra être autorisée que par un décret *rendu en Conseil d'État*. Quel est le caractère de ce décret? Est-il rendu au contentieux, susceptible de donner lieu à opposition et à débat contradictoire? Les auteurs le soutiennent, quoique les expressions *décret rendu en Conseil d'État* n'aient point été communément interprétées en ce sens. Ils s'autorisent de ce que dit une membre considérable du Conseil d'État, M. Duvergier, qu'il fallait *donner aux opposants des juges pour statuer sur leurs réclamations*. L'idée d'un jugement à rendre n'implique-t-elle pas pour conséquence que la matière est contentieuse, et comporte dès lors un débat?

Il y a bien d'autres questions sur lesquelles je trouve, dans l'ouvrage de MM. Peyronny et Delamarre, des opinions que j'aimerais à citer. J'ai fait choix de celle-ci parce que, si elle pouvait triompher, elle assurerait à la propriété privée une très-utile garantie contre des applications excessives du décret de 1852.

L. DE VALROGER.

Digitized by Google

LES CODES ANNOTÉS DES CIRCULAIRES.

Par M. Addenet, procureur impérial à Sainte-Menehould. — 1 vol. in-8°; chez Cosse et Marchal.

Compte rendu par M. Thomas, substitut du procureur impérial, à Versailles.

Une des parties les plus intéressantes des archives de nos tribunaux, celle à laquelle les magistrats du ministère public ont besoin de recourir chaque jour, est le recueil des instructions et des circulaires adressées, soit par les gardes des sceaux aux procureurs généraux, soit par ceux-ci aux magistrats de leur ressort; recueil précieux, qui ne renferme pas seulement des règlements d'administration intérieure, mais le plus souvent des opinions émises par le chef de la justice et les fonctionnaires les plus élevés de l'ordre judiciaire, sur l'application de certains points obscurs de la législation. — Partout où l'officier du ministère public doit intervenir, et son domaine est immense, son rôle est tracé par des instructions particulières. — Dès qu'une loi d'intérêt général, politique ou d'ordre public est rendue, alors que la doctrine est encore incertaine, que la jurisprudence n'a pu se fixer sur l'interprétation du nouveau texte, les magistrats en ont reçu par les circulaires une sorte de commentaire officiel.

La nécessité de consulter à chaque instant ces instructions, dont quelques-unes sont déjà anciennes, la lenteur des recherches d'autant plus laborieuses que les recueils sont plus complets, des lacunes malheureusement trop nombreuses qui se révèlent dans certains parquets et que plusieurs causes peuvent expliquer, toutes ces circonstances ont maintes fois déjà inspiré à de laborieux magistrats le désir de venir en aide à leurs collègues. — Plusieurs recueils ont été publiés dans ce but sur des plans différents; — les uns rapportant les instructions par ordre chronologique, les autres résumant les circulaires relatives à un même objet et formant ainsi sur chaque nature une sorte de petit traité.

Dans le recueil qu'il vient de publier, M. Addenet a adopté le mode le plus simple, le plus rationnel et en même temps le plus commode : « Frappé de l'avantage de ces codes qui, en

Digitized by Google

« déployant à vos yeux sous chacun de leurs articles les monu-
« ments abrégés de la jurisprudence, vous évitent l'obligation
« de fouiller les longs recueils d'arrêts, j'ai pensé, dit-il, que
« le même système pourrait être appliqué avec fruit aux circu-
« laires qui, une fois analysées et placées dans les lois sous les
« articles auxquels elles correspondent, offriraient à l'œil du
« lecteur, comme dans un tableau synoptique, le recueil des
« instructions en vigueur. » M. Addenet a courageusement parcouru l'ensemble de notre législation : toutes les fois que dans une loi quelconque il a trouvé un article dont l'application ou l'interprétation a donné lieu à une instruction du garde des sceaux, il a, au-dessous de cet article qu'il reproduit littéralement, placé le texte de la circulaire qui est venue l'expliquer. — M. Addenet n'a pas seulement reproduit avec une grande fidélité les instructions ministérielles, il cite avec le même soin toutes celles qui émanent des différents procureurs généraux, et surtout celles du procureur général près la Cour de Paris qui, par un contact journalier avec le ministre de la justice, est plus que tout autre initié à sa pensée intime, et peut la commenter plus sûrement. — Enfin, nous avons remarqué un grand nombre de lettres adressées à certains parquets sur des cas particuliers et formant pour plusieurs questions délicates un corps de doctrine fort utile à connaître et à consulter. — Quelques tableaux synoptiques, des formules consacrées par l'usage ou prescrites par les circulaires complètent nécessairement ce recueil. — Quant à l'ordre dans lequel sont classées les différentes lois qui s'y trouvent annotées, c'est à peu près celui qu'a adopté M. Durand pour ses codes.

En résumé, ce travail, aussi complet que commode, véritable commentaire officiel et pratique des parties les plus intéressantes de notre législation, nous paraît destiné à un véritable succès. — Nous n'avons qu'un désir, c'est qu'encouragé par l'accueil fait à ses *Codes annotés*, M. Addenet continue l'œuvre à laquelle, depuis longtemps, il consacre les loisirs que lui laissent ses fonctions. — Chaque année, nos codes se grossissent de suppléments rendus indispensables par le mouvement législatif qui s'opère en ce temps-ci; nous voudrions que tous les ans ce recueil se tint au courant des nouvelles instructions qui se produiraient. — De pareils ouvrages ne doivent pas vieillir, c'est la conséquence de leur caractère officiel; — c'est

Digitized by Google

une obligation que M. Addenet a contractée vis-à-vis du public en lui donnant un livre d'une utilité pratique incontestable; nous espérons qu'il voudra bien la tenir. ALEXIS THOMAS.

DE L'INFLUENCE DES ANCIENNES INSTITUTIONS FÉODALES

SUR LA FORMATION DE QUELQUES PARTIES DU DROIT CIVIL EN FRANCE, ET SPÉCIALEMENT DANS LA PROVINCE DU DAUPHINÉ.

Par M. BURDET, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, membre correspondant de l'Académie de législation de Toulouse. — Paris, chez Durand; 1 vol. in-8°.

Compte rendu par M. EYSSAUTIER, avocat, docteur en droit.

Déjà nous avons rendu compte, dans cette Revue, d'un ouvrage de M. Burdet sur le régime dotal; l'année dernière, il a publié une brochure qui a reçu de M. Laferrière un éloge public dans son discours d'ouverture du concours d'agrégation; nos lecteurs nous sauront gré de leur en dire ici quelques mots.

La féodalité et le droit civil français, tel était le sujet mis au concours pour 1858 par l'académie de législation de Toulouse. Les titres de M. Burdet ne lui permettaient pas de concourir, mais il n'a pu résister à l'attrait et à l'utilité d'une étude sur l'une des origines les plus importantes de notre droit, disons aussi, la moins connue du vulgaire à cette époque où *l'actualité* absorbe tant d'esprits. M. Burdet a voulu étudier l'influence de la féodalité sur notre droit au point de vue spécial de la province du Dauphiné. Son ouvrage est divisé en quatre périodes : 1° période romaine; 2° invasion germanique, monarchie bourguignonne; 3° règne des dauphins et exposé des causes du progrès et de la décroissance de la féodalité en Dauphiné; 4° Mouvement des institutions féodales en Dauphiné depuis l'annexion à la France jusqu'en 1789.

Dans la deuxième partie, l'auteur fait une étude plus approfondie de l'influence de la féodalité sur l'état des personnes, sur l'économie de la propriété. Nous ne pouvons parcourir tous les détails de ce vaste ensemble, rappeler les questions pleines

Digitized by Google

d'intérêt que M. Burdet traite avec cette concision de style, cette profondeur de pensée qui distinguent ses œuvres.

M. Burdet ne remonte pas aux origines galliques; il a raison. L'influence romaine a été si prédominante dans notre pays que les traces des vieilles institutions ont dû disparaître complétement. Il signale un fait important de notre histoire locale, l'invasion sarrazine à la fin de la domination bourguignonne, qui a imprimé à la tenure territoriale un caractère particulier en Dauphiné. Ses aperçus sur l'origine du fief, du bail à cens, sont remarquables; il analyse avec soin les dispositions du *statut delphinal*, après avoir fait connaître les progrès successifs de la puissance des dauphins. Dans le chapitre suivant, nous assistons à la décadence de la féodalité devant l'autorité grandissante de la royauté absolue, et aux luttes du parlement contre la puissance de plus en plus absorbante de cette royauté dont la gloire sera toujours d'avoir constitué l'unité française. Tout ce qui est relatif au droit de propriété, aux caractères variés des diverses tenures, des grands alleux, des petits alleux, est le sujet d'une étude consciencieuse, qui initie le lecteur sans effort à ces questions si graves qui, de nos jours encore, ont donné lieu à des procès mémorables devant la Cour de Grenoble.

Après avoir lu cet ouvrage, nous ne pouvons former qu'un vœu, c'est que M. Burdet nous en donne bientôt un nouveau.

L. A. EYSSAUTIER.

AVIS AUX LECTEURS DE LA REVUE.

Nous avions annoncé précédemment la prochaine publication des *Tables analytiques de la Revue de législation* et de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Au moment où nous faisions cette annonce, nous étions en mesure de réaliser notre promesse sans retard; mais au cours de l'impression des dernières feuilles du manuscrit, nous avons eu la pensée de compléter par un travail plus considérable certainement, celui que nous nous proposions de livrer au public. Convaincu que les études juridiques ne pourraient que gagner si l'on facilitait

Digitized by Google

aux jurisconsultes la connaissance et la recherche d'un plus grand nombre de matériaux et de documents, nous avons cru utile de joindre aux précédentes tables celles des deux recueils de droit les plus riches que nous ayons jamais eus : *la Thémis* et la *Revue de droit français et étranger*.

Ces tables, comme les premières, sont dues aux soins de MM. Coin-Delisle et Ch. Million, avocats à la Cour impériale de Paris; elles sont faites sur le même plan, sur le même modèle et dans le même ordre que les précédentes; toutes elles présenteront d'une part l'énumération des articles par noms d'auteurs, et d'autre part elles résumeront, par ordre de matières, les travaux contenus dans chaque collection.

M. Laferrière, membre de l'Institut, inspecteur général des Facultés de droit, auquel nous avons communiqué notre idée et une partie du travail terminé, a bien voulu concourir à notre œuvre; il s'est chargé d'y faire, sous forme d'introduction, l'historique des différentes revues qui vont ainsi se trouver résumées dans un seul volume.

Digitized by Google

AVIS DE L'ÉDITEUR.

L'accueil bienveillant qu'un grand nombre de souscripteurs ont fait à la simple annonce de la prochaine publication des tables analytiques de la *Revue de législation* et de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, a pleinement justifié nos prévisions. Encouragé par tous ces témoignages de sympathie, nous avons senti qu'il y avait pour nous obligation de mieux faire, soit en corrigeant, soit en augmentant notre cadre et notre plan; en d'autres termes nous avons cru devoir donner à notre première idée toute l'extension dont elle était susceptible. Mais pour cela, il nous a fallu plus de temps; de là un retard dont nous croyons devoir rendre compte à ceux qui ont répondu à notre appel, en leur expliquant l'importance et l'utilité du nouveau travail auquel nous nous sommes livré.

La *Revue de législation*, qui est en quelque sorte la tête de la *Revue critique*, n'est pas sans précédents et n'a pas parcouru

Digitized by Google

sa longue carrière sans avoir eu à lutter contre la concurrence d'une vaillante rivale.

En 1819, une réunion de jurisconsultes français qui comprenait des magistrats, des avocats et des professeurs, eut la pensée de fonder le premier recueil consacré à la science du droit. Par sa rédaction soignée et par le choix des travaux qu'elle encourageait, la *Thémis* ne tarda pas à acquérir une immense autorité. A l'étranger, en Allemagne surtout, elle jouissait d'une grande considération. Néanmoins les tendances toutes théoriques et la direction toute scolastique que ses fondateurs avaient cru devoir lui imprimer, nuisirent à sa prospérité. Elle n'était pas assez à la portée des praticiens et des hommes d'affaires. Aussi, en 1831, cessait-elle de paraître, morte, comme on l'a dit, d'un excès de romanisme.

La disparition de la *Thémis* émut vivement les gens d'étude, ils s'étaient habitués à y produire et à y échanger leurs idées; ils faisaient donc une véritable perte qui les isolait les uns des autres.

Leurs regrets souvent formulés firent naître une nouvelle entreprise. En novembre 1833, M. Fœlix créa la *Revue étrangère de législation et d'économie politique* (1). Les premiers numéros de cette publication furent reçus avec une faveur marquée; le plan adopté et les noms recommandables des collaborateurs et correspondants avaient fixé l'attention de tous. Dès le début le succès était assuré.

Cette heureuse tentative ouvrait une voie nouvelle aux

(1) La *Revue étrangère de législation et d'économie politique* a subi plusieurs modifications dans son titre. Devenue *Revue étrangère et française*, à partir du deuxième volume, elle a encore changé de nom en 1844. Elle s'est appelée *Revue du droit français et étranger*. C'est M. Bergson qui, dans la dernière période, a presque été uniquement chargé de la rédaction de la partie étrangère. Cette revue s'est éteinte en 1850.

Digitized by Google

études juridiques; mais la revue de M. Fœlix était trop exclusive; presque entièrement adonnée à l'étude du droit comparé, elle laissait à côté d'elle une place vacante qu'un recueil plus spécialement dirigé vers les interprétations et les applications du droit français pouvait dignement occuper.

Ce fut la *Revue de législation et de jurisprudence* qui, en 1834, accepta ce programme. Chacun sait avec quel talent et avec quel zèle M. Wolowski, son directeur, l'a maintenue dans le cadre qu'il s'était tracé.

Ces trois collections contiennent sur les différentes branches du droit des documents et des matériaux précieux que les lecteurs de notre *Revue critique* peuvent avoir intérêt à consulter. Nous avons cru devoir joindre aux tables que nous nous proposions de publier celles des deux recueils de Droit si recommandables et si riches dont nous venons de parler.

Mais, comme cette idée ne nous est venue qu'au cours de l'impression du manuscrit de nos premières tables, il nous a fallu les reprendre tout entières pour les mettre en concordance avec celles que nous y ajoutions.

Ces tables sont dues, comme les premières, aux soins de M. Coin-Delisle et Ch. Million, avocats à la Cour impériale de Paris. Elles sont faites sur le même plan, sur le même modèle et dans le même ordre que les précédentes. Toutes elles présenteront, d'une part l'énumération des articles par noms d'auteur, et d'autre part l'indication par ordre de matières des travaux contenus dans chaque collection.

M. Laferrière auquel nous avons communiqué notre œuvre, a bien voulu y concourir. Il s'est chargé de faire, sous forme

Digitized by Google

d'introduction, l'historique des différentes revues dont les tables vont ainsi se trouver renfermées dans un seul volume.

Ce volume sera mis en vente très-prochainement, et nous croyons pouvoir affirmer que, quand bien même nous nous déciderions à y ajouter un appendice ou un supplément quelconque, aucun retard nouveau ne sera apporté à sa publication.

10 Mai 1860.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ, rue Racine, 8

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont,
docteur en droit, conseiller à la Cour impériale de Paris.

DU PRIVILÉGE ET DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE DU VENDEUR, EN CAS DE FAILLITE DE L'ACQUÉREUR, ET EN CAS DE DÉCÈS SUIVI D'ACCEPTATION BÉNÉFICIAIRE DE SA SUCCESSION.

Cour de cassation, chambre des requêtes, arrêt du 29 décembre 1859; Cours impériales : de Bordeaux, 13 juillet 1857; Besançon, 16 décembre 1857; Grenoble, 13 mars 1858; Montpellier, 6 avril 1859; Riom, 1er juin 1859; Nancy, 6 août 1859; Tribunaux civils : de Grenoble, 20 juillet 1858; Bar-le-Duc, 17 mars 1859; Chartres, 18 juin 1859, et Paris, 21 mars 1860.

Cette *Revue* a donné place, dans l'une de ses dernières livraisons [1], à une dissertation dont l'intitulé, tout d'abord, par ce qu'il a de très-absolu et de très-affirmatif, a pu exciter quelque surprise. L'auteur, M. Rivière, y pose tout simplement en thèse « *la perte* du privilége et de l'action résolutoire du vendeur, à défaut de transcription au jour du jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur, » comme si, dans le cas donné, la perte du privilége et de l'action résolutoire était un axiome en droit!

Serait-il donc vrai, d'une vérité établie et reçue, que par cela même et par cela seul qu'une vente d'immeubles ne se trouverait pas transcrite au jour où l'acquéreur viendrait à être mis en faillite, ou bien encore (car la situation est la même d'après la loi) au jour où l'acquéreur étant décédé, sa succession serait acceptée par bénéfice d'inventaire, le vendeur non payé aurait perdu, dans une mesure quelconque, la sûreté résultant pour lui de son privilége et de son action résolutoire? Pour nous édifier là-dessus, rappelons quelques principes et quelques textes auxquels ce point de droit se rattache, et puis consultons le mouvement de la jurisprudence, particulièrement depuis que la loi du 23 mars 1855 paraît, par son article 7, avoir subordonné l'existence de l'action résolutoire à la conservation du privilége.

[1] V. tome XV, p. 433 et suiv.

Digitized by Google

En thèse générale, et sans revenir ici sur l'interprétation à donner à l'article 2106 du Code Napoléon[1], on peut dire que l'efficacité du privilége, comme celle de l'hypothèque, est subordonnée à certaines conditions de publicité qui se résument d'ordinaire dans une *inscription*. C'est, en effet, par l'inscription que le créancier vivifie en quelque sorte le droit, soit de préférence, soit de suite, qui, à des degrés divers, est constitutif du privilége comme de l'hypothèque, et qui, jusqu'à l'inscription, reste inerte et sans efficacité. Ajoutons même que le créancier ne jouit pas indéfiniment de la faculté de s'inscrire : suivant qu'il s'agit pour lui de conserver l'utilité de son droit contre un tiers détenteur ou contre les autres créanciers du débiteur commun, un terme différent lui est assigné, dans lequel doit être accomplie la condition de publicité. Seulement, et sauf la priorité du rang pour ce qui concerne l'hypothèque et certains priviléges, il est vrai de poser en principe que le créancier est toujours à même de s'inscrire tant que l'immeuble, objet de son droit, demeure entre les mains de l'obligé; c'est en ce sens que nous disons, au n° 870 de notre Traité-Commentaire *sur les priviléges et hypothèques*, que l'inscription, *en général*, vient utilement et assure la créance en tant que les hypothèques ou priviléges inscrits antérieurement n'absorbent pas le gage, pourvu qu'elle vienne avant que les biens grevés sortent du domaine du débiteur.

En général, disons-nous : et cela même fait pressentir que la règle a ses exceptions. La loi, en effet, en signale deux fort notables : la première, indiquée déjà dans l'article 2146 du Code Napoléon, est précisée dans l'article 448 du Code de commerce, duquel il résulte que les droits d'hypothèque et de privilége valablement acquis pourront être inscrits seulement jusqu'au jour du jugement déclaratif de la faillite du débiteur; la seconde est formulée dans le dernier paragraphe de l'article 2146 du Code Napoléon, où il est dit que les inscriptions ne produisent aucun effet « entre les créanciers d'une succession, si l'inscription n'a été faite par l'un d'eux que depuis l'ouverture, et dans le cas où la succession n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire. »

[1] V. notre Traité-Commentaire sur les *Priviléges et hypothèques*, n°s 250 et suiv.

Digitized by Google

Ainsi, voilà deux événements dont l'arrivée, sans porter atteinte à l'existence même de l'hypothèque ou du privilége, fait obstacle à l'inscription de ces droits valablement acquis, bien que l'immeuble, pourtant, ne soit pas sorti du patrimoine de l'obligé. Pourquoi? C'est que dans le cas de faillite du débiteur, comme aussi dans le cas d'acceptation bénéficiaire de sa succession (au moins quand c'est par choix que la succession a été ainsi acceptée), la situation présente aux yeux du législateur l'indice d'un mauvais état de fortune. Le législateur suppose que l'actif du débiteur peut n'être pas suffisant à désintéresser la masse des créanciers, et il veut que l'un de ces créanciers ne puisse pas, au moyen d'une formalité accomplie après l'événement, s'assurer un droit de préférence qui, en le garantissant contre toute perte, aurait pour résultat nécessaire d'accroître la perte des autres créanciers. S'il en était autrement, bien des fraudes seraient possibles; la loi y coupe court en déclarant sans effet les inscriptions qui seraient prises soit depuis l'ouverture de la succession du débiteur dans le cas où elle n'est acceptée que par bénéfice d'inventaire, soit depuis le jour du jugement déclaratif de la faillite, voulant qu'à cet instant les droits des créanciers sur les biens du débiteur soient irrévocablement fixés pour être liquidés tels qu'ils sont à ce moment.

Telle est l'économie de la loi; il s'agit maintenant de savoir si les dispositions exceptionnelles en sont applicables même au privilége du vendeur, créancier de son prix. Par exemple, Pierre a vendu sa maison à Jacques, et avant que ce dernier ait fait transcrire le contrat de vente, il meurt laissant des héritiers qui acceptent sa succession par bénéfice d'inventaire, ou bien il est déclaré en faillite. Parce que le cours des inscriptions est désormais arrêté, dans l'un et l'autre cas, la transcription de la vente est-elle interdite ou impossible, et Pierre a-t-il perdu son privilége? On se posait déjà la question avant la loi du 23 mars 1855; mais comme alors le vendeur restait, en tout état de cause, armé de l'action résolutoire à l'aide de laquelle, même déchu de son privilége, il pouvait reprendre la chose dont il n'avait pas reçu le prix, la question n'avait pas, il s'en faut de beaucoup, l'intérêt qu'elle semble présenter depuis la publication de la loi nouvelle. L'article 7 de cette loi dispose, en effet, que « l'action résolutoire établie par l'article 1654 du

Digitized by Google

Code Napoléon ne peut être exercée, après l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur, et qui se sont conformés aux lois pour les conserver. » Et en présence de ce texte, qui désormais prend sa place à côté des articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce sur le terrain du débat, la question se pose, en théorie, comme l'une des plus graves parmi celles que soulève notre législation hypothécaire, en même temps qu'elle est, en pratique, l'une de celles dont les esprits sont le plus vivement préoccupés.

C'est, en effet, à partir de la publication de la loi du 23 mars 1855 que la difficulté, assoupie depuis longtemps déjà, s'est ranimée de toutes parts, et que presque partout les tribunaux ont été appelés à définir la situation et à dire quels sont les droits qui appartiennent au vendeur non payé d'un immeuble, lorsque avant la transcription du contrat de vente, c'est-à-dire avant l'accomplissement des formalités indiquées par la loi pour la conservation du privilége, il arrive, soit que l'acquéreur tombe en faillite, soit qu'il décède laissant des héritiers qui, par choix ou par nécessité, acceptent la succession par bénéfice d'inventaire.

Et que décide la jurisprudence? Voici comment on peut la résumer d'après les monuments judiciaires les plus notables et les plus récents.

Deux décisions émanées, l'une de la Cour de Besançon [1], l'autre du tribunal de Grenoble [2], établissent que l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 n'est pas applicable au droit de poursuivre la revente sur folle enchère, en sorte que le vendeur aux enchères *qui aurait perdu son privilége faute de transcription avant l'inscription prise dans l'intérêt des créanciers de son acquéreur tombé en faillite,* pourrait néanmoins, à défaut de payement du prix d'adjudication, poursuivre la revente sur folle enchère. Mais, on le voit, la Cour de Besançon et le tribunal de Grenoble raisonnent, pour ainsi dire par hypothèse, comme si le vendeur était frappé de déchéance par rapport au privilége et à l'action résolutoire, et dans cette hypothèse ils consacrent en sa faveur, au moins dans les ventes publiques volontaires, le

[1] Besançon, 16 décembre 1857 (Dalloz, 59, 2, 148; Devill., 59, 2, 600).
[2] Trib. de Grenoble, 20 juillet 1858 (Devill., 59, 2, 601).

Digitized by Google

droit de recourir à la folle enchère comme à un moyen de se mettre à l'abri des effets qui peuvent s'attacher à la déchéance qu'ils supposent.

C'est donc un simple préjugé; ce n'est pas une solution sur la question même : et il faut laisser ces décisions, qui ont d'ailleurs un caractère ou un intérêt tout relatif et tout spécial, pour arriver aux décisions qui statuent sur la difficulté d'une manière directe. Parmi celles-ci nous distinguerons les décisions qui établissent une sorte de solidarité entre le privilége et l'action résolutoire, des décisions qui envisagent l'action résolutoire comme pouvant avoir une existence indépendante de celle du privilége.

Quant aux premières, elles sont loin d'être concordantes.

D'une part, la Cour de Nancy [1], adoptant les motifs d'un jugement auquel moins que personne nous voudrions reprocher la forme de la dissertation et de la réfutation qu'il affecte, juge que les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, qui annulent toutes inscriptions prises après la faillite du débiteur, sont également applicables à la transcription des ventes consenties antérieurement au failli, et que le vendeur, dont le contrat n'a pas été transcrit avant la faillite de l'acquéreur, ne peut plus, après cette faillite, requérir la transcription à l'effet de conserver un privilége dont il est irrévocablement déchu à l'égard des créanciers du failli; — mais d'une autre part la Cour de Bordeaux [2] et la Cour de Montpellier [3] décident que le privilége du vendeur n'est pas éteint à défaut de transcription, soit avant la faillite de l'acquéreur, soit avant l'acceptation bénéficiaire de la succession de ce dernier, et en outre que, nonobstant le défaut de transcription ou d'inscription, le vendeur peut encore exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers, soit de la faillite, soit de la succession, lesquels ne sont pas, à son égard, des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble, dans le sens de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855; et cette même doctrine se trouve dans deux

[1] C. de Nancy, 6 août 1859, et trib. de Bar-le-Duc, 17 mars 1859 (Devill., 59, 2, 594).

[2] Bordeaux, 13 juillet 1857 (Dalloz, 57, 1, 85; *J. P.*, 1858, p. 1217; Devill., 57, 2, 641).

[3] Montpellier, 6 avril 1859 (Devill., 59, 2, 593; Dalloz, 59, 2, 113; *J. P.*, 1859, p. 969).

Digitized by Google

jugements récents, émanant l'un du tribunal civil de la Seine [1], l'autre du tribunal de Chartres [2].

[1] Jugement du 21 mars 1860 (*le Droit* du 6 avril 1860).

[2] Ce jugement, à la date du 18 juin 1859, est ainsi conçu :

« ..... Attendu qu'il est de principe général qu'aucun délai n'est imposé au créancier pour prendre inscription, tant que l'immeuble est entre les mains du débiteur ou de l'héritier qui représente sa personne ; — que la disposition finale de l'article 2146 du Code Napoléon, déclarant nulle l'inscription prise après le décès du débiteur dont la succession a été acceptée sous bénéfice d'inventaire, est une exception à ce principe, et que toute exception doit être restreinte au cas prévu ; — attendu qu'en examinant la valeur de la formalité de transcription, il est aisé de se convaincre que l'inscription, qui n'est qu'une partie de cette formalité et n'en est pas même la partie essentielle, ne saurait être confondue avec une inscription ordinaire, avec celle qu'a en vue ledit article 2146 ; — attendu qu'aux termes de l'article 2108 du Code Napoléon il y a dans la formalité de la transcription deux choses distinctes : la transcription proprement dite et l'inscription ; que la transcription seule est le fait des parties, que l'inscription est un acte étranger au vendeur et à l'acquéreur, et personnel au conservateur qui est tenu de le faire d'office ; que cette inscription, au respect du vendeur, n'est qu'un acte accessoire de la transcription, laquelle est pour lui l'acte vraiment essentiel ; qu'en effet, même en l'absence de cette inscription, la transcription produit tous les effets au profit du vendeur vis-à-vis des tiers, l'article 2108 rendant le conservateur responsable du défaut d'inscription, non envers le vendeur dont le privilége se maintient par le fait seul de la transcription, mais bien envers les tiers qui auraient prêté à l'acquéreur avec hypothèque, le croyant, sur le vu d'un état négatif de toute inscription d'office après transcription, libéré de son prix ; — attendu que le raisonnement tiré de ce fait que la transcription est la formalité principale, et non l'inscription, se fortifie de l'importance plus grande donnée à la transcription par la loi du 23 mars 1855 ; que depuis cette loi la transcription, devenue nécessaire pour qu'une vente puisse être opposée aux tiers, n'a plus seulement pour effet d'assurer le privilége préexistant du vendeur, mais que c'est elle-même qui lui donne naissance ; que transcrire ce n'a jamais été prendre inscription, même avant la loi de 1855, et qu'aujourd'hui c'est rendre parfait à l'égard de tous un contrat qui ne l'était jusque-là qu'à l'égard du vendeur et de l'acquéreur ; que l'inscription dont la loi charge le conservateur d'accomplir la formalité est sans effet, que ce dernier remplisse ou non son mandat, pour ou contre l'existence du privilége du vendeur, que l'inscription au contraire, sans transcription, ne serait d'aucune valeur ; — attendu qu'appliquer la rigueur de l'article 2146 *in fine* au privilége du vendeur, ce serait atteindre, non pas une inscription qu'il importe peu au vendeur de voir annuler, mais le droit même de transcription, que ce serait étendre à un cas tout autre l'exception prévue par la disposition finale dudit article ; — attendu que par tout ce qui précède, l'application de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 se trouve également écartée ; que si la transcription d'où naît le privilége du vendeur a pu être valablement faite, le privilége subsiste et avec lui l'action

Digitized by Google

Quant aux décisions dans lesquelles l'action résolutoire est envisagée, abstraction faite du privilége qu'elles supposent perdu, l'accord n'y règne pas davantage.

Ainsi, la Cour de Grenoble [1] admet que le vendeur peut, nonobstant la perte de son privilége faute de transcription avant la faillite de l'acquéreur, exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers, et que l'inscription de l'action résolutoire exigée par la loi du 23 mars 1855 ne reçoit aucune atteinte de l'état de faillite de l'acquéreur, l'article 448 du Code de commerce étant sans application au cas prévu par cette loi. Mais la Cour de Riom [2], limitant cette solution, décide que l'action résolutoire n'est admissible de la part du vendeur qu'autant que le syndic de la faillite de l'acquéreur n'a pas pris, dans l'intérêt de la masse, l'inscription prescrite par l'article 490 du Code de commerce, en sorte que si cette inscription était prise avant l'accomplissement des formalités nécessaires à la conservation du privilége, le vendeur n'aurait pas plus l'action résolutoire que le privilége, lequel se trouvait déjà éteint par le défaut de transcription avant la faillite. Et la Cour de cassation [3] semble donner, dans une certaine mesure, un appui indirect à cette doctrine, qui est précisément celle que M. Rivière développe dans la dissertation déjà citée, en décidant que l'inscription prescrite par l'article 490 du Code de commerce, n'a pas seulement pour résultat et pour objet, ainsi que le disent quelques auteurs dont nous avons partagé l'avis, d'ajouter aux moyens qui donnent la publicité à la faillite, mais encore de créer *hic et nunc* un droit hypothécaire au profit de la masse des créanciers.

Telle est la jurisprudence, résumée d'après ses décisions récentes les plus notables. On le voit : elle est encore pleine d'hésitation et d'incertitude; les tendances n'en sont pas encore,

résolutoire, dont le sort a été lié, par cette loi, à celui du privilége; — attendu que les époux N... en faisant transcrire le contrat de la vente par eux consentie à leur fils après le décès de ce dernier, et bien que la succession ait été acceptée sous bénéfice d'inventaire, ont valablement transcrit; que ladite transcription a donné naissance à leur privilége, et qu'ils sont fondés dans leur demande en résolution de vente; — Par ces motifs, etc. »

[1] Grenoble, 13 mars 1858 (*J. P.*, 1859, p. 816; Devill., 59, 2. 209; Dalloz, 58, 2, 176).

[2] Riom, 1er juin 1859 (Dalloz, 59, 2, 124; Devill., 59, 2, 598).

[3] Req., 29 décembre 1858 (Devill., 59, 1, 209; Dalloz, 59, 1, 103).

Digitized by Google

il s'en faut, bien nettement accusées; en sorte que par son état même elle avertit, quel que soit d'ailleurs le parti auquel on se range, qu'il y a ici, non point un axiome à formuler, mais un problème à résoudre.

Déjà nous avons eu l'occasion, pour notre part, de chercher la solution de ce problème, en expliquant l'article 2146 dans notre Traité-Commentaire sur les *Priviléges et hypothèques*, et nous sommes arrivé à une conclusion qui se formule ou se résume dans les deux propositions qui suivent :

1° *Le vendeur non payé, quand l'acquéreur n'a pas fait transcrire la vente, conserve, avec le droit de faire faire lui-même la transcription du contrat, le privilége qui garantit le payement du prix, même après le jugement déclaratif de la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession acceptée bénéficiairement*;

2° *Et même en admettant que le privilége soit perdu à défaut de transcription avant la déclaration de la faillite ou l'ouverture de la succession, le vendeur n'en a pas moins le droit d'exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers, soit de la faillite, soit de la succession*[1].

Après le nouvel examen auquel nous ont convié les documents de doctrine et de jurisprudence ci-dessus relevés, nous croyons devoir persister dans l'opinion par nous émise. Notre conviction là-dessus est entière et profonde : il convient d'en dire les motifs, et c'est en reprenant notre opinion dans chacune de ses parties successivement, que nous nous efforcerons de la justifier dans l'ensemble.

§ 1.

Du privilége et de l'action résolutoire pris corrélativement.

Nous disons en premier lieu que le vendeur non payé, quand l'acquéreur n'a pas fait transcrire la vente, conserve, avec le droit de faire faire lui-même la transcription du contrat, le privilége qui garantit le payement du prix, même après le jugement déclaratif de la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession acceptée bénéficiairement. — Cette proposition serait insoutenable si le privilége du vendeur ne pouvait avoir d'effet que par une *inscription*, puisque l'inscription nécessaire

[1] V. notre Traité-Commentaire sur les *Priviléges et hypothèques*, nos 902 et suiv.

Digitized by Google

n'aurait pas été faite avant l'instant où, d'après l'article 2146 du Code Napoléon et l'article 448 du Code de commerce, elle ne peut plus être prise. Mais le privilége du vendeur apparaît à nos yeux sous un aspect bien différent : il est soumis à des conditions spéciales; il naît, il se conserve, d'une manière toute particulière, en se manifestant. C'est, non pas à mettre en lumière, mais à rappeler la théorie de la loi sur ce point, que nous devons nous attacher; et dès lors c'est le sens vrai, trop souvent méconnu mais désormais évident et incontestable, des articles 2106 et 2108 du Code Napoléon qu'il importe avant tout de préciser. Là est, en effet, la base légale de notre système : si ce fondement venait à lui manquer, la raison d'équité, quoi qu'en ait dit le tribunal de Bar-le-Duc dans le jugement confirmé par l'arrêt ci-dessus cité de la Cour de Nancy, lui resterait encore sans doute; mais elle serait insuffisante à elle seule et devrait s'effacer devant les textes qui, en thèse générale, arrêtent le cours des inscriptions, soit au jour de la déclaration de la faillite du débiteur, soit à l'ouverture de sa succession, dans le cas où elle est acceptée par bénéfice d'inventaire.

Voyons donc ou plutôt précisons la théorie de la loi.

En principe, dans un bon régime hypothécaire, tout droit réel, dès qu'il se forme, doit être porté à la connaissance du public; car, d'une part, un tel droit s'exerce à l'encontre de tous, et il faut bien alors que chacun puisse le connaître pour qu'il soit averti de le respecter; d'une autre part, il affecte la chose qu'il amoindrit par cela même, et il faut bien que l'affectation soit ou puisse être connue de ceux qui traiteraient avec le propriétaire, pour qu'ils puissent mesurer le crédit hypothécaire de ce dernier. De là, pour ne parler que des priviléges sur les immeubles, l'article 2106 du Code Napoléon, aux termes duquel « entre créanciers, les priviléges ne produisent d'effet à l'égard des immeubles qu'autant qu'ils sont rendus publics *par inscription* sur les registres du conservateur des hypothèques de la manière déterminée par la loi..... » Notons que la publicité exigée en principe par cet article s'entend d'une publicité concomitante avec la naissance du privilége, d'une publicité qui, sauf les cas d'exception précisés par la loi (V. notamment art. 2109, 2111), doit se produire au plus tard à l'instant même où prend naissance le droit privilégié qu'elle a pour objet de conserver. Nous établissons cela dans notre Traité-Commentaire

Digitized by Google

des *Priviléges et hypothèques* (n° 253), en nous autorisant des précédents auxquels l'article 2106 se rattache et dont les rédacteurs du Code se sont visiblement inspirés. Sans revenir ici sur les considérations par lesquelles ce point de droit se justifie, bornons-nous à répéter que dans la pensée même de l'article 2106 c'est au plus tard au moment où il prend naissance qu'en thèse générale le privilége doit se révéler au public.

Et maintenant comment la publicité doit-elle se produire en ce qui concerne spécialement le privilége du vendeur? L'article 2108 répond à cela, et il dispose que le vendeur privilégié conserve son privilége *par la transcription du titre qui transfère la propriété à l'acquéreur*, à l'effet de quoi *la transcription du contrat faite par l'acquéreur vaudra inscription pour le vendeur*. Cet article, on le voit, s'écarte des termes de l'article 2106, en ce que la publicité dont il détermine la forme se produit *par la transcription du titre translatif*, tandis que l'article 2106 parle d'une publicité qui a lieu par la seule *inscription du droit de préférence*. Mais le principe même n'est pas atteint, et tout au contraire il reçoit ici son application la plus saisissante; car comme la transcription, qui est le moyen spécial par lequel le privilége du vendeur se révèle au public, est aussi désormais l'instrument nécessaire pour opérer la transmission de la propriété au regard des tiers, et par conséquent l'instrument même qui donne naissance au privilége en lui donnant sa raison d'être, il est évident que rien mieux qu'elle ne saurait satisfaire au principe tel qu'il résulte de l'article 2106, puisqu'ici, transmission de propriété, naissance du privilége, publicité, tout se produit simultanément.

Cela posé, si l'on se demande quels sont les droits, quelle est la situation juridique du vendeur d'un immeuble, créancier de son prix, la solution se présente sans aucune incertitude. Nous avons dit ailleurs combien de théories s'étaient produites sur ce point avant que la loi du 23 mars 1855 fût venue rendre à l'article 2108 du Code Napoléon sa signification véritable et sa portée [1]. Mais de toutes ces théories une seule peut désormais se produire juridiquement : c'est celle qui avait été dans la pensée des rédacteurs de la loi et qui n'avait été écartée par la

[1] V. notre Traité des *Priviléges et hypothèques*, n°s 257, 258.

Digitized by Google

jurisprudence et par la majorité des auteurs que parce que la loi avait été mal comprise; c'est celle qui se rattachant à diverses dispositions éparses dans le Code Napoléon, notamment dans le titre des *Donations* et dans celui des *Priviléges et hypothèques*, se précisait dans cette idée que la transcription translative est une nécessité, même dans la vente, en ce sens que c'est par la transcription seulement que la transmission de la propriété peut être consommée et consolidée, sinon entre les parties, au moins au regard des tiers. Or cette théorie, qui, nous le répétons, avait été dans la pensée des rédacteurs de l'article 2108 comme nous avons essayé de l'établir dans notre Traité-Commentaire sur les *Priviléges et hypothèques*[1], est précisément celle que la loi du 23 mars 1855 a sanctionnée, et c'est pour cela qu'elle est la seule désormais qui puisse se produire juridiquement.

Eh bien! cette théorie, aujourd'hui consacrée sans aucune équivoque par la loi elle-même, porte avec elle la définition la plus nette des droits et de la situation du vendeur non payé d'un immeuble; il en résulte avec évidence que, même après la convention de vente intervenue entre le vendeur et l'acquéreur, il n'y a pas transmission de la propriété *au regard des tiers*, tant qu'il n'y a pas transcription, et par conséquent que, pendant l'espace de temps qui existe entre le contrat de vente et la transcription de ce contrat, la propriété ne cesse pas, du moins vis-à-vis des tiers, de résider sur la tête du vendeur, nonobstant la perfection de la vente entre les parties. De privilége, il n'en est pas question jusque-là, et il n'en peut pas être question, puisque c'est par la transcription même que le privilége prend naissance; mais, à vrai dire, le vendeur n'en a pas besoin, car, comme à défaut de transcription la propriété n'est pas transmise au regard des tiers, le vendeur trouve, dans le droit même de propriété qu'il retient, la sûreté qui, si la transcription était accomplie, lui serait offerte par le privilége, simple démembrement de la propriété.

Voilà la théorie de la loi, et par elle-même, il faut bien le reconnaître, cette théorie, qui restreint si notablement les effets de la vente tant que la convention formée entre l'acquéreur et le vendeur n'est pas complétée par la transcription, ne permet

[1] V. notre Traité des *Priviléges et hypothèques*, n°s 257, 258.

Digitized by Google

guère le doute sur le problème dont nous cherchons la solution. N'apparaît-il pas, en effet, qu'entre le vendeur non payé qui excipe de son droit, et les créanciers de la faillite ou de la succession bénéficiaire de l'acquéreur, qui argumentent de ce qu'au jour de la faillite ou de l'ouverture de la succession la vente ne s'est pas trouvée transcrite, l'avantage doit rester au premier? Ce serait incontestable assurément, si nous supposions le vendeur en présence des créanciers de son acquéreur vivant et *in bonis*. Le vendeur, dans ce cas, aurait deux voies également sûres, entre lesquelles il serait libre de choisir sans aucune contestation : — ou bien, s'autorisant lui-même de ce que la vente n'est pas transcrite, il invoquerait ce droit de propriété qui, à défaut de transcription, n'a pas cessé de résider sur sa tête au moins au regard des tiers, et il retiendrait ou conserverait ce droit de propriété en reprenant un immeuble dont la transmission n'a pas été et n'est pas encore consommée d'une manière complète; — ou bien il ferait faire lui-même la transcription, qui n'est pas tardive puisque l'immeuble est encore aux mains de l'acquéreur, et, s'attachant au privilége que la transcription fait naître en même temps qu'elle opère vis-à-vis de tous la consolidation de la propriété sur la tête de l'acquéreur, il prendrait le pas sur les créanciers, même hypothécaires, de ce dernier, lesquels n'ont pu traiter avec lui que sous la réserve du privilége du vendeur, privilége toujours menaçant tant que la transcription n'est pas faite, et qui, étant préférable aux hypothèques à raison de la nature et de la cause même de la créance, les prime nécessairement.

Est-ce qu'il en doit être autrement, et faut-il que les droits du vendeur soient méconnus et sacrifiés par cela seul qu'il va se trouver en présence de la faillite ou de la succession bénéficiaire de l'acquéreur? Mais pourquoi donc en serait-il autrement? L'événement de la faillite ou l'ouverture de la succession, dans le cas où elle est acceptée par bénéfice d'inventaire, modifie-t-il en quoi que ce soit la situation juridique telle qu'elle résulte de ce fait considérable qu'à l'instant même où il s'agit de régler le droit des créanciers sur les biens de l'acquéreur, et de donner à chaque créance sa place et son rang, la vente qui avait été faite au débiteur commun n'a pas encore reçu la formalité de la transcription? Est-ce que cet événement de la faillite ou de l'acceptation bénéficiaire influe en quelque ma-

Digitized by Google

nière que ce soit sur les conditions constitutives de la vente, ou plutôt de la transmission définitive et complète de la propriété? Non assurément. La loi, qui fait de la transcription une condition *nécessaire* de l'aliénation au moins au regard des tiers, reste avec ses prescriptions toujours dominantes. Donc, même après l'événement, il est vrai de dire que l'acquéreur qui n'a pas fait transcrire la vente n'est pas devenu propriétaire au regard des tiers, et par conséquent que le vendeur, c'est-à-dire celui qui, toujours vis-à-vis des tiers, n'a pas cessé d'être propriétaire, conserve toutes ses prérogatives et peut à son gré, soit reprendre sa chose en vertu du droit de propriété qu'il a retenu, soit faire transcrire lui-même et, en vertu du privilége qu'il fait naître et s'assure par ce moyen, exercer son droit de préférence sur le prix.

Mais voici l'objection : elle est faite par M. Rivière, qui, tant dans ses *Questions sur la transcription* (nos 370-376) que dans la dissertation déjà citée (t. XV, p. 437 et suiv. de cette *Revue*), tient énergiquement pour la perte du privilége du vendeur à défaut de transcription au jour du jugement déclaratif de la faillite de l'acquéreur; et nous la trouvons encore longuement développée, par le tribunal de Bar-le-Duc, dans le jugement que la Cour de Nancy a confirmé par son arrêt du 6 août 1859. Sans doute, dit-on, jusqu'à la transcription d'une vente le vendeur peut hypothéquer et même vendre à un autre avec effet l'immeuble qui avait déjà fait l'objet d'une aliénation de sa part. Mais de ce qu'un homme de mauvaise foi peut faire tout cela, il n'est ni juste ni rationnel d'en tirer une conséquence quant aux droits qu'il peut avoir lui-même. Vis-à-vis de l'acquéreur et de ses ayants cause, il y a le principe posé dans l'article 1583 du Code Napoléon, et duquel il résulte qu'entre les parties, la vente est parfaite par le seul consentement, la propriété est transférée. Le vendeur est donc parfaitement dessaisi vis-à-vis de l'acquéreur et de ses ayants cause; il demeure créancier du prix, armé, il est vrai, d'un privilége, mais d'un privilége soumis à la transcription; et comme précisément la transcription, suivant l'article 448 du Code de commerce et 2146 du Code Napoléon, n'est plus possible après l'événement de la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession dans le cas où elle est acceptée par bénéfice d'inventaire, il en résulte que dès que la transcription n'est pas faite au jour de la faillite ou de l'ouver-

Digitized by Google

ture de la succession, le vendeur n'a plus aucun privilége à prétendre.

De cette objection nous ne relèverons que la dernière partie, qui, d'ailleurs, en résume ou en contient toute la portée. Et, en effet, on sent très-bien que le principe de l'article 1583 du Code Napoléon, ce principe que l'on met ici en avant, doit se combiner désormais avec cet autre principe qui fait de la transcription une condition *nécessaire*, au moins vis-à-vis des tiers, de la transmission de la propriété. Or il résulte de la combinaison de ces principes une situation complexe dont on ne pourra pas non plus et dont on ne voudra pas méconnaître ou nier les effets. Ainsi, par cela même que jusqu'à la transcription le vendeur ne cesse pas d'être propriétaire au regard des tiers, on admet et l'on doit admettre que si, nonobstant la vente, il a conféré un droit à des tiers sur l'immeuble par lui vendu, ce droit, si d'ailleurs les tiers qui les ont acquis se sont conformés à la loi pour le conserver, primera ou même détruira en entier celui de l'acquéreur. De même, et par cela seul que tant que la transcription n'est pas effectuée, l'acquéreur n'est pas saisi à l'égard des tiers, on admettra et l'on doit admettre que si c'est l'acquéreur au contraire qui a conféré un droit réel, par exemple une hypothèque à un tiers sur l'immeuble par lui acquis, cette hypothèque ne préjudiciera pas au vendeur, qui pourra toujours, tant que la chose restera dans le patrimoine de l'acquéreur, remplir la formalité de la transcription, et par là vivifier le droit de préférence attaché à la nature même de sa créance. Ainsi en est-il dans l'état ordinaire des choses; et si l'on prétend qu'il en doit être autrement dans le cas où le vendeur se trouve en face de la faillite ou de la succession bénéficiaire de l'acquéreur, c'est uniquement en raison de ce qu'en présence des articles 448 du Code de commerce et 2146 du Code Napoléon, la transcription ne pourrait plus être requise par le vendeur après la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession acceptée par bénéfice d'inventaire; par où l'on voit que c'est bien dans la dernière partie de l'objection qu'en est toute la portée.

Mais est-il vrai que les dispositions précitées de la loi s'élèvent comme un obstacle devant le vendeur, créancier de son prix, s'il veut remplir, après la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession acceptée bénéficiairement, la formalité

Digitized by Google

de la transcription que l'acquéreur lui-même n'a pas voulu ou n'a pas pu accomplir auparavant? Nous avons soutenu la négative, et, qu'on nous permette de le dire, nous ne trouvons dans les critiques dirigées contre cette solution rien qui puisse nous conduire à l'abandonner.

Et tout d'abord, avant de pénétrer dans l'examen des textes, nous avons trouvé un préjugé considérable dans la seule induction qu'il faut tirer de la situation même qui, jusqu'à la transcription, est faite au vendeur. Nous l'avons dit tout à l'heure, et avec l'assentiment de tous les adversaires que nous rencontrons sur la question : avant la transcription et jusqu'au moment où elle est effectuée, le vendeur peut affecter hypothécairement l'immeuble qu'il avait déjà vendu, ou même en consentir une vente nouvelle, et les droits réels créés par l'affectation hypothécaire ou par la seconde vente l'emportent nécessairement sur les droits du premier acquéreur, pourvu que, plus avisés que ce dernier, ceux qui les ont acquis aient eu le soin de les conserver par des inscriptions ou par la transcription. Est-ce qu'il n'y a pas là quelque chose de particulièrement significatif? On répond à cela que les tiers peuvent bien se prévaloir des droits qui leur ont été conférés à l'encontre de l'acquéreur qui n'a pas fait transcrire ou de ses créanciers; mais qu'il n'appartient pas au vendeur lui-même de tirer avantage de ces actes, qui, quant à lui, le constituent en état de stellionat et de mauvaise foi. Accordons cela; est-ce que notre argument s'en trouve affaibli? En aucune manière. En définitive, on reconnaît que les tiers, sinon le vendeur lui-même, peuvent se prévaloir des droits à eux conférés par ce dernier, même après la vente qu'il a consentie, et armés de ces droits prendre le pas sur l'acquéreur qui a négligé de faire transcrire; il n'en faut pas davantage. Car que résulte-t-il de là? Qu'il est loisible au vendeur de se procurer *indirectement* tous les effets de son privilége au moyen d'affectations hypothécaires ou d'aliénations qu'il fera toujours utilement, par cela seul que l'acquéreur n'aura pas soumis son contrat à la formalité de la transcription. Mais si la loi elle-même ouvre au vendeur cette voie *indirecte*, par laquelle il arrivera à reprendre la chose qu'il avait vendue ou le prix pour lequel il l'avait vendue, il est bien permis de conclure *à priori* qu'il n'a pu être dans la pensée de cette même loi d'interdire au vendeur, même dans le cas de faillite de l'ac-

Digitized by Google

quéreur ou d'acceptation bénéficiaire de sa succession, de faire par lui-même la transcription qui en lui assurant ou en lui faisant acquérir son privilége lui permettra d'arriver *directement* au même résultat. — C'est là notre argument; et, comme il n'est pas atteint par la réfutation prétendue dont il a été l'objet, nous maintenons entière l'induction dans laquelle il se résume.

Mais ce n'est qu'une induction; et il se peut très-bien faire, il arrive même quelquefois qu'une induction qu'on peut se croire autorisé à tirer de quelques idées générales se trouve cependant contredite quand on en vient ensuite à l'examen et à l'application du texte même de la loi. En est-il ainsi de l'induction que nous tirons ici? Cette induction est-elle contredite par les articles 448 du Code de commerce et 2146 du Code Napoléon, qu'on oppose au vendeur? Nous ne l'avons pas pensé, et cela pour une raison fort simple.

Les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, avons-nous dit, prononcent contre les créanciers privilégiés et hypothécaires en général, une déchéance du droit de *prendre inscription*, en arrêtant virtuellement *le cours des inscriptions* au jour de la faillite du débiteur ou de l'ouverture de sa succession, dans le cas où elle est acceptée par bénéfice d'inventaire. Mais le vendeur n'a pas d'*inscription* à prendre. La publicité de son privilége se produit par la *transcription du contrat de vente;* l'article 2108 du Code Napoléon dit cela formellement; et si, dans cet article, il est question aussi d'inscription, c'est de l'inscription que le conservateur doit prendre d'office, c'est-à-dire d'une formalité qui a son objet spécial, mais qui n'est aucunement nécessaire au vendeur, dont le privilége est conservé avec ou sans le secours de cette formalité. Or l'*inscription* et la *transcription* sont deux formes tout à fait différentes de la publicité; et comme les déchéances établies par la loi sont essentiellement de droit étroit, il est clair que l'on ne peut pas s'emparer de celle que les articles 448 du Code de commerce et 2146 du Code Napoléon prononcent contre les hypothèques et les priviléges *en général*, à raison du *défaut d'inscription* à un moment donné, pour l'appliquer *en particulier* au privilége du vendeur, à raison *du défaut de transcription du contrat de vente* à ce même moment.

Qu'oppose-t-on à cela? Une objection qu'il était d'ailleurs fa-

Digitized by Google

cile de prévoir, et que nous avions prévue. Le vendeur, dit-on, ne peut échapper à la prohibition des articles 2146 et 448 précités à la faveur de la circonstance qu'il ne s'agit dans ces articles que d'*inscription*, tandis que son privilége ne se conserve que par la *transcription ;* il y a même raison de décider pour tous les priviléges astreints à la publicité, et l'on ne comprendrait pas que la substitution d'un mode de publicité à un autre suffît pour soustraire le vendeur à une déchéance qui s'applique d'une manière générale à l'absence de publicité. D'ailleurs, dans les termes mêmes de l'article 2108 du Code Napoléon, *la transcription vaut inscription* pour le vendeur créancier de son prix ; et il ne serait plus vrai de dire que la transcription vaut inscription, si elle avait des effets que l'inscription n'a pas. C'est la théorie développée dans le jugement déjà cité du tribunal de Bar-le-Duc ; et nous la trouvons reproduite dans la dissertation de M. Rivière, qui ajoute même que l'interprétation qui *se cramponne* à un mot lui inspire peu ou point de confiance.

N'en déplaise à notre contradicteur, nous croyons à la valeur des mots ; par cela même, il nous serait difficile de nous associer à ses dédains. Après tout, c'est par les mots que l'idée se produit, et quand nous voyons le législateur modifier son langage et, sur un point spécial, abandonner l'expression consacrée en formulant la pensée même que cette expression traduit habituellement, nous supposons volontiers que le changement est calculé de sa part, et conséquemment que la différence n'est pas seulement dans les mots, qu'elle est aussi dans les choses. Il nous semble que la supposition n'est pas par trop téméraire. En tous cas, nous voulons essayer de montrer qu'elle est ici pleinement justifiée, et pour cela nous établirons, d'une part, que c'est par une nécessité de système que le législateur a fait de la transcription du contrat de vente le moyen spécial de conserver au vendeur le droit de préférence résultant de son privilége, et, d'une autre part, que par une nécessité de système encore, le législateur n'a pu vouloir atteindre la *transcription*, qui assure le privilége du vendeur, en édictant la prohibition que les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce formulent d'une manière générale contre l'*inscription* des droits privilégiés et hypothécaires.

Seul entre tous les priviléges, le privilége du vendeur se conserve par la transcription même du titre qui engendre la

Digitized by Google

créance privilégiée. Pourquoi cela? Est-ce par un caprice du législateur que l'on voit ici la *transcription du titre* prendre la place de l'*inscription*, qui est le moyen ordinaire par lequel les droits privilégiés et hypothécaires doivent se manifester? Nullement; cela tient à la pensée même de la loi, qui en organisant la publicité du privilége veut une publicité concomitante avec la naissance de la créance privilégiée. Seul entre tous, le privilége du vendeur peut recevoir la publicité dans ces conditions et dans ces termes. Les autres créances privilégiées, par exemple celle des copartageants, celle des créanciers et légataires demandant la séparation des patrimoines, etc., sont plus ou moins soumises à des éventualités et à des incertitudes dont la loi devait tenir compte, et en considération desquelles elle devait laisser au créancier le temps de reconnaître son droit et lui accorder un délai pour le rendre public. C'est ce qu'elle fait par les articles 2109, 2111, etc. Mais le vendeur se trouve, sous ce rapport, dans une autre condition; pour lui, la créance se dégage, sans incertitude ni éventualité, du contrat même de vente. Il n'y a donc pas d'obstacle à ce que le principe de la loi reçoive, à son égard, une application exacte et rigoureuse, sans tempérament ni transaction. Et la transcription du contrat prise comme moyen de publicité procure cette application exacte et rigoureuse, puisque c'est précisément la transcription qui, en consommant la mutation par rapport aux tiers, engendre le privilége ou lui donne sa raison d'être.

Il y a plus : dans l'ordre d'idées auquel l'article 2108 se rattache, le législateur ne pouvait s'arrêter à un autre moyen sans aller directement contre la pensée même de son système. Le moyen de l'inscription aurait pu être indiqué, sans doute, s'il s'agissait dans cet article du *droit de suite* résultant du privilége, c'est-à-dire si l'article 2108 disposait en vue d'assurer au vendeur son privilége contre un sous-acquéreur auquel l'immeuble aurait été vendu; et c'est, en effet, le moyen offert au vendeur (pourvu qu'il soit dans le délai), par la loi du 23 mars 1855, qui, elle, dispose en vue du *droit de suite* spécialement. Mais il ne s'agit pas de cela dans l'article 2108. Le législateur s'y occupe exclusivement du *droit de préférence* sur un immeuble que le vendeur trouve toujours aux mains de celui auquel il l'a vendu. Et dans cette position, comment aurait-il pu être dit que le vendeur devrait ou même pourrait pourvoir, *par une inscription*, à

Digitized by Google

la conservation de son privilége? Le système de la loi étant que la vente n'est parfaite, sinon entre les parties, au moins à l'égard des tiers, qu'autant qu'elle est transcrite, il en résulte qu'après la transcription du contrat de vente, une inscription par *le vendeur* serait sans objet, puisque le privilége a été rendu public et se trouve désormais conservé par la transcription même, et qu'avant la transcription l'inscription serait inutile et impossible, puisque, d'une part, le privilége n'est pas né et n'a pas sa raison d'être, et que, d'une autre part, le vendeur, resté propriétaire au regard des tiers, ne peut pas prendre inscription sur lui-même.

C'est donc par les nécessités mêmes de son système que le législateur a été conduit à substituer, dans le cas de l'article 2108, la transcription du contrat de vente à la simple inscription indiquée en principe dans l'article 2106.

Et maintenant, parce que l'article 2108 exprime que la transcription du contrat *vaudra inscription pour le vendeur*, faut-il dire que ces deux formes absolument différentes de la publicité ont été assimilées et de tous points identifiées par la loi, et spécialement que les prohibitions écrites en thèse générale dans les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, qui parlent des *inscriptions* nommément, doivent s'étendre et être appliquées à la *transcription?* Non! et ici encore nous pouvons faire appel à la théorie même de la loi et défendre notre solution par les nécessités de cette théorie.

Ainsi nous ne nous arrêterons point à l'idée, incessamment mise en avant, que les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce contiennent une disposition générale. Sans doute la disposition est générale, mais elle n'est pas absolue. Et en effet, il y a des priviléges ou des droits réels qualifiés priviléges qui se conservent *par l'inscription*, et auxquels cependant la disposition des articles précités ne s'applique que d'une manière toute relative; il y en a même auxquels, incontestablement, elle ne s'applique pas du tout. — En premier lieu, nous signalons comme rentrant dans le premier cas les priviléges qui, par exception au principe qui veut une notification publique contemporaine de la naissance même de la créance privilégiée, peuvent, à raison de la situation particulière où se trouve le créancier, être rendus publics après qu'ils sont nés, et dans un délai que la loi détermine : tel est le privilége des

Digitized by Google

cohéritiers et des copartageants qui, au point de vue *du droit de préférence* et sauf l'innovation introduite par la loi du 23 mars 1855 en ce qui concerne le *droit de suite*, peut être utilement inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage ou de l'adjudication par licitation (art. 2109); tel est encore le privilége créé au profit du trésor public par les deux lois du 5 septembre 1807, lequel n'a lieu qu'à la charge d'une inscription à prendre dans le délai de deux mois. Il est admis en doctrine et en jurisprudence que l'événement de la faillite du débiteur ne change rien à cela, et que notamment, si la faillite vient dans l'intervalle, elle n'abrége pas un délai que le législateur a calculé dans sa sagesse, et en considération d'un état de choses dans lequel il a reconnu l'impossibilité pour le créancier de pourvoir immédiatement, par l'inscription, à la conservation de son droit [1]. — Ensuite, nous indiquons comme rentrant dans le deuxième cas le droit de préférence dont jouissent les créanciers et légataires d'une succession lorsqu'ils demandent la séparation des patrimoines. Bien que ce droit, qualifié privilége par la loi, doive être conservé, aux termes de l'article 2111, par des inscriptions faites sur chacun des immeubles de la succession, il est certain et incontesté que l'article 448 du Code de commerce ne reçoit ici aucune application, et que, même après la faillite de l'héritier, les créanciers et légataires sont admis à prendre l'inscription destinée à conserver l'effet de la séparation des patrimoines [2].

Donc la généralité des articles 448 du Code de commerce et 2146 du Code Napoléon ne fait pas que la disposition de ces articles doive ou puisse être appliquée d'une manière absolue; et alors la question est de savoir si le privilége du vendeur, spécialement, est soumis à la règle prohibitive de ces articles ou s'il en est affranchi; en d'autres termes, si même après la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession dans le cas où elle est acceptée par bénéfice d'inventaire, il est permis ou non de faire cette transcription qui, au point de vue de la conservation du privilége, vaut inscription pour le vendeur, selon l'expression de l'article 2108. Et com-

[1] V. notre Traité-Commentaire des *Priviléges et hypothèques*, n° 889, ainsi que l'arrêt de Metz, 28 février 1856, et les autres autorités qui y sont citées.

[2] *Ibid*, n° 901, et les autorités citées.

Digitized by Google

ment hésiterait-on sur ce point, quand on se reporte au système général de la loi? Non-seulement faire transcrire est une faculté, mais c'est ou ce devrait être un devoir soit pour les syndics, soit pour l'héritier bénéficiaire. C'est évident et incontestable. — L'héritier bénéficiaire est tenu d'administrer les biens de la succession. Or n'est-ce pas l'une des principales obligations d'un administrateur de faire les actes nécessaires à la conservation des biens? Et la transcription n'est-elle pas indispensable aujourd'hui à la transmission de la propriété, à la sécurité de l'acquéreur, à son investiture pleine et entière? — De même le premier devoir des syndics, à leur entrée en fonctions, consiste à procéder à tous les actes conservatoires des droits du failli. Or au nombre de ces actes et au premier rang, ne doit-on pas faire figurer la transcription des titres d'acquisition, jusque-là fragiles et sans force?

Il est donc vrai de dire que la transcription après la faillite de l'acquéreur ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession est dans la nécessité des choses; qu'elle est commandée dans l'intérêt même soit de la masse de la faillite, soit de l'actif de la succession. Si elle est commandée, elle n'est donc pas impossible; si elle n'est pas impossible pour l'acquéreur, c'est-à-dire pour les syndics ou les héritiers qui le remplacent, elle ne saurait l'être davantage pour le vendeur, auquel la loi laisse le soin de la faire en cas de besoin, bien que dans les prévisions de l'article 2108 elle soit à la charge de l'acquéreur, et qui, dès lors, doit être admis à agir dans les conditions et dans les termes où l'acquéreur y est admis lui-même; et si n'étant pas impossible, la transcription est faite, ce ne peut être sans que le privilége du vendeur s'en dégage immédiatement.

Telle est la déduction des idées par lesquelles on arrive nécessairement à cette conclusion que les articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, qui arrêtent le cours des inscriptions au jour de la faillite du débiteur ou à celui de l'ouverture de sa succession dans le cas où elle est acceptée par bénéfice d'inventaire, et ne permettent pas qu'une inscription soit prise après le jour indiqué, ne sont pas faits pour le privilége du vendeur. En résumé, la disposition de ces articles a seulement en vue les priviléges ou hypothèques dont l'effet est subordonné à *l'inscription*, et qui sont *déjà acquis* à l'époque par elle prévue. Or le privilége du vendeur se manifeste par *la*

Digitized by Google

transcription du contrat de vente et non par une *inscription;* en outre il ne prend naissance que par cette transcription, qui, en dessaisissant le vendeur d'une manière définitive, lui réserve son privilége par une juste réciprocité. Donc la disposition dont il s'agit ne saurait être applicable à ce privilége, sans quoi il faudrait dire que le privilége s'éteint avant d'avoir pris naissance, et que le vendeur est dessaisi avant l'accomplissement de la formalité, qui, seule aujourd'hui, peut opérer le dessaisissement complet et définitif de la propriété.

C'est ainsi que notre système peut s'établir et se défendre *sur le terrain du droit et de la loi :* et, quoi qu'en dise M. Rivière, nous persistons à penser que ce système reste le meilleur, le plus vrai et le plus facile à défendre sur ce terrain. Mais en tous cas nous pensions qu'au moins au point de vue de l'équité, ce système n'aurait à redouter ni la contestation ni l'attaque. C'était encore une illusion. Le tribunal de Bar-le-Duc, dont le jugement a été confirmé par l'arrêt de la Cour de Nancy, dit à cet égard « que dans une matière de droit rigoureux, il n'y a pas à invoquer les principes d'équité.....; qu'il ne s'agit que d'une question de préférence entre gens qui tous ont des titres respectables, qui tous ont fourni leurs marchandises, ou n'ont prêté leur argent qu'à la condition d'en être payés ou remboursés; que la préférence doit être donnée *aux plus prudents et à ceux qui n'ont pas compromis leurs avantages en les laissant dans l'obscurité, lorsque la loi voulait qu'ils fussent publics;* et qu'enfin la masse des créanciers *pourrait à meilleur droit invoquer l'équité contre le vendeur qui laisse son débiteur commerçant jouir ostensiblement d'un immeuble en qualité de propriétaire, et, en négligeant de faire transcrire le contrat, laisse croire à une libération qui ne contribue pas peu à une augmentation de crédit dont les créanciers peuvent être victimes.* »

Mais nous l'avouons, il nous eût semblé difficile que le besoin de justifier une solution pût conduire à ces appréciations dans lesquelles on ne saurait dire si c'est la vérité du fait ou celle du droit qui reçoit l'atteinte la plus profonde. Comment! le vendeur en ne transcrivant pas laisse croire à une libération qui augmente le crédit de l'acquéreur et peut tromper la confiance des créanciers! Mais que devient alors le système inauguré ou du moins formulé dans des termes plus explicites par la loi du 23 mars 1855? C'est la transcription, et la transcrip-

Digitized by Google

tion seule, qui crée la propriété ostensible, publique, patente; et par conséquent, au lieu d'invoquer le défaut de transcription comme la source d'un crédit trompeur pour l'acquéreur réputé propriétaire et libéré du prix, il faudrait dire que ce défaut de transcription, en maintenant la propriété sur la tête du vendeur, diminue au contraire le patrimoine et par suite le crédit de l'acquéreur.

Voilà pour le *droit*. Et puis, *en fait*, où est le fondement et quelle est la portée de cette observation que dans une question de préférence le premier rang appartient aux plus prudents, à ceux qui n'ont pas compromis leurs avantages en les laissant dans l'obscurité lorsque la loi veut qu'ils soient publics? Nous cherchons la preuve de cette grande prudence que les jugement et arrêt précités supposent aux créanciers de la faillite, et qui leur vaut d'être préférés au vendeur, même sur l'immeuble que ce dernier a vendu au failli et dont il n'a pas reçu le prix. En définitive, tout se borne pour eux à produire à la faillite, et ils n'ont pas à rendre leurs droits publics. Comment donc peuvent-ils se montrer plus vigilants que le vendeur? Celui-ci d'ailleurs, en ne transcrivant pas, ne fait pas preuve de négligence, car non-seulement son droit reste entier, comme nous l'avous montré, tant que la transcription n'est pas opérée, mais encore il doit croire qu'elle a été faite par l'acquéreur, c'est-à-dire par celui qu'elle intéresse particulièrement, et par les soins de qui la loi elle-même suppose en effet qu'elle sera faite. On n'aperçoit donc pas comment et à quel titre les droits des créanciers de la faillite pourraient entrer en balance, sur un immeuble vendu au failli, avec ceux du propriétaire de cet immeuble qui ne leur doit rien? Le droit de ce dernier est si supérieur et même si manifestement exclusif, que le sens intime se refuse à comprendre comment les créanciers de la faillite pourraient lui en disputer le bénéfice, même dans la plus minime partie.

Ceci est vrai, même quand la vente non transcrite avant la faillite de l'acquéreur ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession remonte à une époque plus ou moins reculée; même dans ce cas on ne peut frapper le vendeur de déchéance sans blesser profondément l'équité. Mais la mesure de l'iniquité serait comblée si la faillite ou l'ouverture de la succession venant à se produire au lendemain de la vente, quand il n'y a pas eu le temps matériellement nécessaire pour opérer la transcription, la déchéance du vendeur était prononcée. Or si extrême

Digitized by Google

qu'elle soit, cette conséquence est dans les nécessités mêmes du système que nous combattons. En faut-il donc davantage pour montrer que ce système, si peu admissible sur le terrain du droit, se soutient moins encore au point de vue de l'équité?

Le droit au privilége étant ainsi justifié au profit du vendeur, nonobstant le défaut de transcription avant la faillite de l'acquéreur ou l'acceptation bénéficiaire de sa succession, le maintien de l'action résolutoire se trouve par cela même établi; et maintenant nous aurions à nous occuper de cette dernière action considérée abstraction faite du privilége, et à examiner si même en supposant le privilége perdu, le vendeur n'aurait pas au moins la ressource de l'action résolutoire.

Mais au moment où nous écrivons ces lignes, le journal *le Droit* nous apprend que la chambre civile de la Cour de cassation, statuant sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Bordeaux ci-dessus cité, vient de rendre, à la date du 1er mai 1860, un arrêt de rejet qui, si la notice qu'en donne le journal est exacte, confirmerait de tous points la solution que nous venons de soutenir. Il importe donc d'en voir le texte et d'en mesurer la portée : c'est pourquoi nous renvoyons à la prochaine livraison la continuation de nos observations sur ce grave sujet. PAUL PONT.

LES SUCCESSEURS DE GROTIUS.

Par M. H. Thiercelin, docteur en droit.

En prenant le *De jure belli ac pacis* comme point concentrique des études auxquelles nous nous livrons dans ce recueil [1], nous nous sommes moins déterminé par la valeur intrinsèque, quoique très-grande, de l'œuvre du publiciste hollandais que par le caractère éminemment créateur de son génie. Tous les travaux préparatoires sur l'ensemble du droit, jusqu'en 1625, aboutissent, en effet, comme on l'a vu, au *De jure belli ac pacis*; on va voir maintenant que tous les travaux qui suivront en découlent. L'ouvrage de Grotius donc est un centre; il est un point de départ tout à la fois et un point d'arrivée; il commence

[1] V. la *Revue critique*, t. XIV, p. 151, et t. XV, p. 292. Notre première étude intitulée : *Les précurseurs de Grotius*, notre seconde étude intitulée : *Grotius*, et le présent travail qui clôt la série forment une histoire succincte du droit naturel jusqu'à la Révolution française, qui commença une ère nouvelle.

Digitized by Google

une ère nouvelle ; il marque dans la science une date qu'il n'est pas permis au jurisconsulte philosophe d'oublier ; et, quand même il aurait perdu toute son importance scientifique, ce qui n'est pas, il conserverait toujours une importance historique immense, et il mériterait encore d'être étudié pour l'influence dominatrice qu'il a exercée sur les travaux qui l'ont suivi.

Mais ces travaux si patients, si nombreux, si intéressants, des successeurs de Grotius, ce n'est pas nous, c'est en partie l'Allemagne qui les a produits pendant près de deux siècles. La France, durant cette période, n'a rien à mettre en regard des ouvrages de Puffendorf, de Thomasius, de Wolf, et tant d'autres moins volumineux ou moins originaux. Quand l'heure fut venue de scruter certains mystères, quand on se demanda si l'homme n'a pas d'autres droits que ceux que la loi confère, et quels ils sont, s'il en a, ce furent les philosophes, non les jurisconsultes, qui se mirent au travail. C'est donc en Allemagne qu'il faut chercher à Grotius des continuateurs. Mais avant de suivre le mouvement scientifique qui s'opéra chez nos voisins, il est indispensable de parler d'un mouvement analogue qui se manifesta en Angleterre dans la seconde période du XVIIe siècle ; là deux philosophes d'un certain mérite, Selden et Cumberland, et un homme de génie, Hobbes, quoique étrangers à la science du droit proprement dite, se sont livrés à des travaux qui ont influé considérablement sur la science du droit naturel. Voyons donc sommairement ce qu'ils ont pensé ; nous ne serions pas complet si nous les négligions.

I.

En 1640, Selden, qui joua un assez grand rôle dans les troubles de son pays, publia un livre sous ce titre : *De jure naturali et gentium secundum disciplinam Hebræorum libri septem*. Ce qu'est le livre de Selden, son titre l'indique complétement : c'est à la fois un livre de morale et un traité de droit naturel tiré des livres saints. Selden observe d'abord que la sagesse des Hébreux faisait la partie la plus considérable et la meilleure de la sagesse antique ; et comme cette sagesse des Hébreux a sur la sagesse païenne l'avantage incontesté de l'ancienneté, il en conclut qu'il faut y recourir comme à la source commune la plus certaine, alors même qu'elle ne porterait pas le caractère d'un enseignement divin. Tous les principes du droit naturel,

Digitized by Google

sont donc compris, selon Selden, dans les préceptes de l'Écriture; il les déduit même des premiers commandements que Dieu donna aux hommes, c'est-à-dire des sept paroles dites à Noé. De là l'idée qu'il donne du droit naturel, quand il l'appelle dans maint endroit de son livre, le droit des descendants de Noé (*Jus naturale, sive Noachidarum*), et de là l'explication qu'il donne de tous les principes sociaux et de toutes les institutions civiles, propriété, mariage, succession, droit de punir, etc., tous fondés dans l'ouvrage de Selden, comme dans les écrits des théologiens, sur un commandement divin.

Cette idée de chercher dans l'Écriture, mais à l'aide de la seule raison naturelle et en dehors de l'autorité, le principe des institutions civiles n'appartient pas en propre à Selden, et nous avons déjà vu, dans une étude précédente, que tel fut le procédé du premier jurisconsulte qui entreprit de donner une idée philosophique du droit, Oudendorp. Comment se fait-il donc que Selden, oubliant Grotius et d'autres encore, rétrogradât jusqu'à Oudendorp, que peut-être même il ne connaissait pas? c'est qu'il écrivait dans un temps où le mouvement philosophique et politique se compliquait d'un mouvement religieux. Or, de même qu'il est peu d'efforts même partiels, s'ils sont francs et libres, qui ne mettent en jeu tous les muscles du corps humain, de même aussi une révolution politique fait sentir dans toutes les sciences morales son contre-coup. En Angleterre alors, les indépendants, les politiques, les presbytériens, tous les partis, toutes les sectes, citaient la Bible et auraient douté d'eux-mêmes s'ils n'avaient pu s'appuyer sur quelque verset de l'Ecriture. Selden, esprit de second ordre, cédait au mouvement de son temps. Son livre est tout biblique, comme l'étaient les esprits de cette époque. Par la forme comme par le fond, c'est un ouvrage anglican. Ce n'est pas cependant que la pure raison parût à Selden un guide nécessairement suspect. Mais il lui paraissait dangereux de déduire le droit de la seule raison, d'abord parce que le droit établi sur cette seule base serait, pensait-il, inévitablement flottant, incertain, et ensuite parce que, à son sens, il ne pouvait y avoir ni droit, ni devoir réel sans une sanction effective, sans une autorité supérieure qui en maintînt l'observation, et que la parole divine était tout naturellement cette autorité[1].

[1] *De jure nat. et gent. secundum discip. Hebræorum*, lib. 1, cap. 7.

Digitized by Google

Il serait trop facile de montrer ce que ce dernier raisonnement a de vicieux, en confondant le droit avec la sanction du droit, deux choses très-distinctes; car le droit peut être méconnu, violé, sans qu'il cesse d'être le droit. Mais il n'est pas d'homme familier avec ces matières qui n'ait rencontré ce sophisme sur son chemin. D'ailleurs le livre de Selden a eu une réputation que son mérite ne paraît pas justifier complétement. Il nous suffira d'en avoir donné l'idée en faisant connaître la pensée qui l'inspire. Nous arrivons de suite à Hobbes, un des plus puissants génies dans l'erreur qui se soient produits dans les sciences politiques, tant dans l'antiquité que dans les temps modernes.

La doctrine politique de Hobbes, sinon ses livres mêmes, est tellement connue, que nous pouvons nous contenter d'en rappeler les principaux traits. En 1642, Hobbes publiait ses *Elementa philosophiæ*, dont une section rubriquée *De cive* expose ses idées sur le droit politique, telles qu'il continua de les professer durant tout le reste de sa longue existence. Le principe philosophique du *De cive*, c'est que l'homme peut naturellement tout ce que requiert son utilité propre. Selon Hobbes, l'homme dans l'état de nature a droit à tout; ses actions n'ont d'autre règle que l'égoïsme, en prenant le mot dans sa signification la plus abjecte; le bien-être, la satisfaction de ses appétits, telle est pour l'homme la loi suprême; il obéit à sa destinée en les recherchant par tous les moyens à son usage [1].

Et dans un tel état, la parole donnée même n'oblige pas, parce que, selon Hobbes, une parole n'engage à rien quand il n'y a pas au-dessus des particuliers un pouvoir qui assure l'exécution des conventions [2].

Si Hobbes s'en était tenu à ces propositions, sa doctrine, tout abominable qu'elle eût été, n'aurait pas soulevé des clameurs plus passionnées que celles qui ont accueilli au siècle dernier des systèmes peu différents. Mais la doctrine de Hobbes se complique d'un fait psychologique qui achève d'en faire véritablement un monstre. Pour lui, l'homme est naturellement pour l'homme un ennemi; l'état de nature, c'est l'état de guerre. De sorte que, dans cette doctrine, non-seulement les hommes se ruent vers les mêmes objets pour la satisfaction de leurs ap-

[1] *De cive. Libertas*, cap. 1, §§ 6 à 11.
[2] *Ibid.*, cap. 2, § 11, et cap. 5.

Digitized by Google

pétits, mais ils le font légitimement[1]. Avant Hobbes et après lui, des philosophes ont bien donné pour principe au droit et à la morale l'utilité, mais ils ont fait résulter de l'ensemble de ces efforts égoïstes une sorte d'harmonie sociale; d'autres ont trouvé l'homme nativement méchant, mais ils lui ont fait une loi rigoureuse de réprimer ses penchants mauvais. Hobbes a joint le premier ces deux affirmations; seul il a osé écrire que l'homme est un être égoïste et fait pour le mal, et que tout ce qu'il peut faire pour la satisfaction de son propre intérêt, il le fait licitement[2].

Ces idées, exposées avec une franchise qui va jusqu'au cynisme, ont fait à leur auteur une réputation terrible qui dure encore; cependant, on prendrait l'auteur du *De cive* pour plus méchant qu'il n'est réellement si l'on s'en tenait à ses propositions générales, qui sont bien le fond de sa doctrine. Ce que Hobbes concevait de plus affreux en politique, c'est l'anarchie. Pour prévenir un tel état, il faut un gouvernement fort, absolu, despotique, sans limites et sans entraves. Et, pour justifier l'existence d'un tel gouvernement, Hobbes, logicien inflexible, se trouvait entraîné, plus qu'il ne le préméditait sans doute, à exagérer la tendance native de l'homme vers le mal, et le principe de l'intérêt. Il s'est fait le théoricien du despotisme, et n'a reculé, pour cela, devant aucun des principes que le despotisme suppose. « Je n'ai point écrit pour la louange, dit-il dans la préface du *De cive*, mais dans votre intérêt, lecteurs; car j'espère que quand vous connaîtrez bien la doctrine que je vous enseigne, vous préférerez supporter patiemment, dans la vie civile, quelques inconvénients inhérents aux choses humaines, plutôt que d'exposer la société à un état de perturbation[3] »

Hobbes n'a peut-être été aussi absolu dans ses principes qu'en vue des conséquences outrées où il voulait arriver; mais au moins son effrayante logique a montré mieux qu'on ne le

[1] *De cive*, cap. 1.

[2] Ostendo conditionem hominum extrà societatem civilem (quam conditionem appellare liceat statum naturæ) aliam non esse quam bellum omnium contrà omnes, atque in eo bello jus esse omnibus in omnia. *Præfatio ad lect.*

[3] Feci non eo consilio ut laudarer, sed vestri causâ, lectores, quia cum doctrinam quam affero, cognitam et perspectam haberetis, sperabam fore ut aliqua incommoda in re familiari, quoniam res humanæ sine incommodo esse non possunt, æquo animo ferre quam reipublicæ statum conturbari malletis. (*Præfatio ad lectores.*)

Digitized by Google

fera jamais l'intime connexion des doctrines bestiales et de l'absolutisme.

Quoi qu'il en soit, le principe de l'intérêt étant ainsi posé, Hobbes en fait l'application dans l'état civil, qui succède bientôt, selon lui, à cet état chimérique d'indépendance individuelle, où la violence règne sans limites et sans frein. Dans l'état social, l'utile s'apprécie différemment; par les garanties que cet état offre à tous, le caractère du droit se trouve modifié. La propriété se fixe alors; les engagements conventionnels deviennent obligatoires, puisque tout est désormais assuré; il est même des lois morales que l'homme doit savoir respecter. Mais Hobbes est toujours conséquent; il n'admet pas que cet état civil et les principes qui le régissent aient un autre fondement que l'utilité [1].

Nous serions entraîné trop loin si nous entreprenions de réfuter ici le principe de l'intérêt. La conscience a toujours protesté secrètement contre ces doctrines inhumaines qui tendent à l'anéantir; et quoi que notre siècle soit ou paraisse vouloir être, il n'est pas à craindre qu'elles reviennent jamais en crédit. Mais Hobbes déploya un rare génie à construire son édifice d'erreur; le *De cive* est un des livres les plus fortement conçus qu'il y ait. Il souleva, dès son apparition, de violents contradicteurs; parmi ceux-ci, le principal et le seul qui puisse nous intéresser réellement fut Cumberland.

Cumberland, né à Londres en 1632, simple pasteur d'abord, et bien plus tard évêque de Peterborough, a publié, en 1672, sous ce titre : *De legibus naturæ disquisitio philosophica*, un traité destiné, comme son titre complet l'indiquerait, à neutraliser l'effet des doctrines de Hobbes. Dans un discours préliminaire, Cumberland expose d'abord qu'il y a deux méthodes différentes qui peuvent guider le philosophe dans la recherche des lois de la nature : l'une, la méthode de Grotius, selon laquelle on apprécie les lois naturelles par les *effets*, et selon laquelle, par conséquent, l'histoire est un guide qu'il faut suivre aveuglément [2]; l'autre, qui juge des lois naturelles par les

[1] *De cive*, cap. 1, §§ 6, 7, 8. — Dans nos *Principes du droit*, nous avons appelé l'attention sur la distinction trop peu remarquée, fort importante, que Hobbes fait entre l'utile dans l'état de société et l'utile dans l'état social. V. p. 28.

[2] Cumberland a peut-être ici mal apprécié Grotius. Grotius interroge l'histoire, mais il s'est mis à l'histoire avec des principes arrêtés.

Digitized by Google

causes, et qu'il se propose de suivre constamment dans son livre. Partant de là, il commence par une définition. Il définit les lois naturelles « Certaines propositions d'une vérité immuable, qui servent à diriger les actes volontaires de notre âme dans la recherche du bien et dans la fuite des maux, et qui nous imposent l'obligation de régler nos actions extérieures d'une certaine manière, indépendamment de toutes lois civiles, et de toutes conventions par lesquelles le gouvernement est établi. « *Propositiones quasdam immutabilis veritatis, quæ actiones voluntarias circà bonorum electionem malorumque fugam dirigunt ac obligationem ad actus externos inducunt : etiam citrà leges civiles et sepositâ consideratione pactionum regimen constituentium* [1]. »

Mais, pour arriver à formuler la règle des actions humaines, d'après l'idée qu'il donne des lois naturelles, Cumberland juge indispensable de rechercher : 1° ce qu'il appelle la nature des choses; 2° celle de l'homme; 3° celle du bien auquel il doit tendre. Et cette triple recherche le conduit à poser comme règle fondamentale cette maxime : « La plus grande bienveillance que chaque agent raisonnable témoigne envers tous constitue l'état le plus heureux de tous en général et de chacun en particulier, autant qu'il est en leur pouvoir de se le procurer, et elle est absolument nécessaire pour parvenir à l'état le plus heureux auquel ils peuvent arriver, d'où suit que le bien général est la loi suprême : « *Benevolentia maxima singulorum agentium rationalium ergà omnes statum constituit singulorum omniumque benevolorum quantum fieri ab ipsis potest felicissimum necessariò requiritur, ac proindè commune bonum erit suprema lex* [2]. »

Tel est son principe; mais, par bienveillance, Cumberland n'entend pas parler ici d'une volonté languissante qui se contente de s'abstenir du mal et de souhaiter le bien; il comprend l'amour dans toute l'acception du mot, la piété envers Dieu, l'amour de la patrie, le respect affectueux des parents, tous les sentiments enfin qui font le lien des sociétés humaines [3].

A ceux qui se demanderaient si cette maxime dérive bien de la nature des hommes, des choses et du bien en général,

[1] *De legibus nat.*, cap. 1, § 1.
[2] *Ibid.*, cap. 1, § 4.
[3] *Ibid.*

Digitized by Google

Cumberland répond affirmativement. Tout effet a une cause, dit-il, et si cet effet est nécessaire, la cause l'est aussi. Et, comme il n'y a pas de cause sans *moteur* et que le premier moteur de toutes les causes justes, c'est Dieu, tout ce qui est évidemment juste, vrai, est, de toute nécessité, un commandement divin [1].

Cumberland revient souvent sur sa règle de la bienveillance; elle est, en quelque sorte, le pivot de son système. « La conservation du tout dépend de celle des parties [2] » dit-il ailleurs. Et ailleurs encore : « Il faut chercher le bien commun des êtres raisonnables [3]. » Toutes les institutions civiles doivent dériver, selon lui, de ce principe fondamental.

La première des institutions que Cumberland déduit de son principe de la bienveillance et de la convenance générales, c'est le droit de propriété. Cumberland établit d'abord, en oubliant peut-être un peu son principe, que « le droit que chacun a de vivre aujourd'hui prouve qu'il a droit aux choses nécessaires pour la conservation de sa vie, et, de même, le droit qu'il a de vivre demain et plus longtemps prouve qu'il a droit pour l'avenir à un pareil usage [4]. » De là résulte la faculté pour les hommes de jouir au moins en commun de tous les biens que la Providence a départis à l'espèce. Puis, partant de cette pensée de Paul, que toute jouissance indivise est une occasion de dispute et de rixe : *propter immensas contentiones plerumque res ad divisionem pervenit* [5], et de cette autre pensée de Théodose que la propriété individuelle peut seule porter l'homme à tirer des choses tout ce qu'elles peuvent donner : *Naturale vitium est negligi quod communiter possidetur : ut qui se nihil habere qui non totum habeat, arbitretur* [6], Cumberland en conclut que la propriété individuelle est née d'un partage fait d'un consentement unanime, et que, par cette nécessité absolue d'un partage, la propriété individuelle se trouve légitimée.

Tous les autres principes secondaires du droit, le devoir de

[1] *De legibus nat.*, cap. 1, § 10.
[2] *Ibid.*, cap. 1, § 25.
[3] *Ibid.*, cap. 5, § 58.
[4] *Ibid.*, cap. 1, § 23.
[5] Dig., *De servit. præd.*, L. 26.
[6] *Cod.*, L. 10; *Quando et quib. quarta pars deb.*, L. 2.

Digitized by Google

respecter nos semblables dans leurs personnes et dans leurs biens, la force obligatoire des conventions, la juste défense de soi-même, l'établissement du gouvernement civil, dont la mission est d'assurer le règne du droit, etc., sont la manifestation ou la suite du principe de bienveillance; du moins, Cumberland ne pense pas qu'on puisse les expliquer différemment.

L'idée fondamentale du livre de Cumberland n'est pas nouvelle; il suffit d'y changer un mot pour y trouver le principe de la charité chrétienne. Bien avant Cumberland, Sénèque avait écrit que les hommes sont faits pour s'assister mutuellement : *Homo in adjutorium mutuum generatus est* [1]. Ce qu'il y a de nouveau dans Cumberland, c'est d'avoir déduit, d'une manière plus ou moins rigoureuse, tout un système de droit du principe de charité. Contrairement à Hobbes, qui, en supprimant la conscience et en exagérant la méchanceté humaine, ne laisse plus debout que le despotisme, il réhabilite à la fois la morale et la liberté. Sa doctrine est comme celle de Selden, une doctrine de *révérend*, si l'on veut bien nous passer ce mot; la *droite raison* et les textes sacrés y donnent un même enseignement, et tous ses efforts ont pour but de les concilier. Quant à sa méthode, c'est, pour la forme, celle des mathématiciens : il procède par lemmes, dilemmes, théorèmes, corollaires; il fait même des règles de proportion. Quoique Cumberland ait été, comme Hobbes et Selden, étranger au droit proprement dit, nous ne pouvions pas le passer sous silence; tous les jurisconsultes qui sont venus après lui le citent, s'en autorisent ou le réfutent. Nous pouvons revenir maintenant aux jurisconsultes : la longue parenthèse que nous venons d'ouvrir nous épargnera la nécessité de nouvelles interruptions dans l'exposé de la filiation de leurs idées.

II.

Parmi les écrivains du droit naturel, le premier nom de jurisconsulte qui se présente à la pensée, après celui de Grotius, est le nom de Puffendorf. Puffendorf, né en 1632, mort en 1694, a été mêlé aux affaires de son temps, sans y exercer cependant une action bien marquée, et il a beaucoup écrit sans que la science

[1] Sen., *De irâ*, I, 5.

Digitized by Google

lui soit redevable de théories véritablement originales et nouvelles. Entre ses divers écrits concernant la science du droit, le seul dont nous ayons à parler est son grand ouvrage intitulé : *De jure naturæ et gentium, libri VIII*, publié pour la première fois en 1672, l'année même du traité de Cumberland. C'est le plus connu de ses livres, c'est celui qui a fait sa réputation, c'est celui qui conserve, malgré son fatras, un intérêt durable, et qu'on peut étudier encore avec fruit [1].

Pour bien apprécier Puffendorf, il faut savoir d'abord que c'est le disciple le plus soumis qu'ait eu Grotius. Il semble n'avoir écrit son volumineux ouvrage que pour paraphraser les pensées du publiciste hollandais, avec l'intention d'en corriger les théories en les reproduisant. Puffendorf est un des chefs de l'école socialiste. Mais s'il a quelquefois rectifié heureusement son maître, il s'en faut de beaucoup qu'il ait eu son génie, sa justesse de vues, sa netteté, sa science sûre : on va en juger par l'analyse que nous allons donner de son traité.

Après de longues considérations psychologiques et morales, où il n'est pas toujours facile de se faire jour, Puffendorf arrive à parler du droit et de la loi. Qu'est-ce que le droit? qu'est-ce que la loi? Est-ce la loi qui fait le droit, ou bien le droit doit-il commander à la loi? Puffendorf distingue l'un de l'autre. La loi, dans la signification la plus générale du mot, c'est « la volonté d'un supérieur, par laquelle il impose à ceux qui dépendent de lui l'obligation d'agir d'une certaine manière qu'il leur prescrit : *Lex videtur definiri per decretum quo superior sibi subjectum obligat ut ad istius præscriptum actiones suas componat* [2]. » Or, en ce sens, il y a la loi positive qui est la volonté du souverain; mais il y a aussi une loi supérieure, le droit naturel, qui est la volonté de Dieu.

Le terme corrélatif de loi, de droit, c'est l'obligation. Puffendorf confondant ici le devoir juridique et le lien de droit qui enchaîne l'arbitre de l'obligé, appelle l'un et l'autre du même

[1] A côté de ces noms illustres dont nous nous occupons, il est de toute justice de placer celui d'un savant modeste, Barbeyrac, qui a certainement le plus contribué à populariser en France leurs écrits. Barbeyrac a traduit Puffendorf d'abord, puis Grotius et Cumberland, en ajoutant à ses auteurs des notes qui jouent avec le texte. Sans lui, ils seraient restés sans doute à peu près inconnus en France.

[2] *De jure nat. et gent.*, lib. I, cap. 6, § 4.

Digitized by Google

nom d'obligation, et donne pour source à l'obligation soit la loi, comme lorsqu'elle détermine le cercle d'activité de chaque membre de la société, soit un acte de volonté, comme le consentement dans les contrats[1]. La théorie des obligations ne présente rien de remarquable, si ce n'est qu'il condamne les prétendues obligations imposées par la force ou fondées sur une infériorité de nature, comme l'esclavage dans l'antiquité, d'après la doctrine d'Aristote, et qu'il exige, pour qu'il y ait obligation, soit un bienfait de moi, soit la volonté formelle et légitime de l'obligé[2].

Mais cette théorie de l'obligation laisse encore entière la question de savoir quelle est l'idée qu'il faut se faire du droit. Pour la résoudre, Puffendorf part de ce point que tout homme agit par l'effet d'une détermination, et que, d'après la nature de l'homme, cette détermination doit être raisonnable. Puis, repoussant la définition d'Ulpien, qui appelle droit naturel l'ensemble des instincts communs à l'homme et aux brutes; écartant la doctrine des philosophes qui fondent le droit sur le consentement humain, il donne pour fondement au droit naturel les lumières de la droite raison ou mieux encore la nature même de l'homme[3]. Or, comme la raison et la constitution de l'homme enseignent cette règle : « Chacun doit être porté à former et à entretenir autant qu'il dépend de lui une société paisible avec tous les autres, conformément à la constitution et au but de tout le genre humain sans exception, » *Cuilibet homini, quantum in se, colendam et conservandam esse pacificam adversus alios societatem, indoli et scopo generis humani in universum congruentem*, Puffendorf en déduit cette maxime : « Tout ce qui contribue nécessairement à la sociabilité universelle, doit être tenu pour prescrit par le droit naturel, et tout ce qui la trouble, au contraire, doit être tenu pour défendu par le même droit. » *Omnia quæ ad istam socialitatem necessario faciunt jure naturali præcepta quæ eamdem turbant aut abrumpunt vetita intelligi*[4]. »

Les diverses parties du raisonnement de Puffendorf s'enchaînent rigoureusement. Tous les êtres ont leur fin; les êtres mo-

[1] *De jure nat. et gent.*; lib. I, cap. 6, § 7.
[2] *Ibid.*, §§ 10 et suiv.
[3] *Ibib.*, lib. II, cap. 3.
[4] *Ibid.*, lib. II, cap. 3, § 15.

Digitized by Google

raux (*entia moralia*) y tendent nécessairement; or, cette tendance étant chez eux la sociabilité, tout ce qui la seconde est conforme au droit, tout ce qui la contrarie y est contraire : telle est en quelques mots la doctrine de Puffendorf.

Cette doctrine, comme on le voit, est celle de Grotius, sans y changer un seul mot. Mais si la doctrine est identique, les déductions par lesquelles l'auteur y est arrivé diffèrent sensiblement. Grotius, en effet, considère la tendance à la sociabilité comme un certain appétit de brute; Puffendorf en fait un mouvement raisonné, un penchant moral nécessaire pour la conservation de l'espèce et la félicité de l'homme ici-bas.

Le principe de Puffendorf étant trouvé, nous n'avons plus qu'à passer avec lui aux conséquenses. Puffendorf expose ici un système complet de morale, puis un système de droit. L'homme doit prendre soin de lui-même, de son âme et de son corps : de là toute une liste de devoirs moraux. L'égalité est un fait, l'assistance mutuelle un devoir, l'homme doit tenir une parole donnée : de là une théorie des obligations[1].

Arrivant à parler de l'usage des choses, Puffendorf rectifiant la doctrine de Grotius, expose la fameuse théorie de la communauté négative pour expliquer l'origine du droit de propriété. Dans sa pensée, comme dans celle de Grotius, moins précise sur ce point, tous les hommes jouissaient originairement en commun de la terre et de ses fruits. Dans cet état d'indivision (*communio primæva*, *communio negativa*) tous avaient droit à tout, mais seulement pour l'usage. Pour que la propriété particulière, individuelle, se constituât, il a fallu un partage fait en vertu d'un consentement commun, et c'est ce partage originaire qui a été le titre primitif de toute propriété[2].

On devine bien que cette explication du droit de propriété ne peut convenir à tous les objets, car le partage (en admettant l'hypothèse), a dû avoir lieu à une époque où la terre était loin d'avoir tous ses habitants. Puffendorf va au-devant de l'objection. Tout ce qui n'entra pas dans le premier partage, dit-il, fut laissé au premier occupant[3].

Mais le droit de propriété a des effets absolus. Les jurisconsultes romains le définissaient *plena in re potestas*. Parmi ses

[1] *De jure nat. et gent.*, lib. III.
[2] *Ibid.*, lib. IV, cap. 4.
[3] *Ibid.*, lib. IV, cap. 6.

Digitized by Google

effets il faut compter la faculté, pour le propriétaire, de transmettre après sa mort. A moins de donner au pouvoir politique la faculté de disposer des biens des particuliers, ce qui serait la négation du droit même de propriété, cette transmission ne peut dépendre que de la volonté expresse ou supposée du propriétaire : telle est aussi la pensée de Puffendorf, qui fonde les successions même *ab intestat* sur la volonté présumée du défunt[1].

Après avoir épuisé les matières du droit privé dans une suite de livres et de chapitres sur lesquels nous sommes obligé de passer, Puffendorf arrive à parler du droit public. Selon lui, l'État est « une personne morale composée, dont la volonté, formée par l'union des volontés de plusieurs en vertu de conventions, est regardée comme la volonté de tous, afin qu'elle puisse se servir des forces et facultés de chaque particulier pour procurer la paix et la sûreté commune : *Persona moralis composita, cujus voluntas ex plurium pactis implicita et unita pro voluntate omnium habetur, ut singulorum viribus et facultatibus ad pacem communem uti possit*[2]. »

Puffendorf parle de *conventions*, indiquant qu'il y en a plusieurs, parce qu'en effet, avec lui, il faut distinguer dans l'État deux choses : la société civile, qui est établie par les hommes pour se mettre à couvert des maux de toutes sortes auxquels ils seraient exposés dans l'état d'isolement, et le gouvernement, composé d'une ou de plusieurs personnes à qui la société confère le pouvoir, la charge de veiller au bien commun[3].

Mais si tout État fonctionnant régulièrement est le résultat d'une double convention, il s'en faut que cette double convention apparaisse partout avec le même caractère. Dans les États démocratiques, les deux conventions apparaissent moins distinctes; mais, dans l'opinion de Puffendorf, elles n'en sont pas moins intervenues séparément : il faut toujours distinguer dans l'État deux choses, l'objet et le sujet.

L'État étant formé, la souveraineté étant établie, Puffendorf déduit de sa nature et de sa nécessité d'être plusieurs conséquences fort importantes. D'abord le souverain, quel qu'il soit, monarque ou sénat, aura le droit de contraindre à l'exécution

[1] *De jure nat. et gent.*, lib. IV, cap. val.
[2] *Ibid.*, lib. VII, cap. 2, § 13.
[3] *Ibid.*, lib. VII, cap. 1, § 7, et cap. 2, § 8.

Digitized by Google

de ses commandements [1]. Il aura aussi le droit de punir. Le droit de punir, dans le système de Puffendorf, dérive du droit de la défense [2]. Quant à la peine, elle a une fin complexe. Dans l'acception la plus large du mot, la peine est une douleur infligée pour une mauvaise action : *Malum passionis quod infligitur ob malum actionis.* Mais la peine doit avoir une fin utile qui sera tout à la fois l'amendement du coupable, la satisfaction de la partie lésée et la sécurité de tous [3].

La proportion de la peine au délit a exercé avec fruit l'esprit analytique de Puffendorf. L'importance du délit, dit-il, et par conséquent la gravité de la peine, doit s'estimer par l'objet que le délinquant a eu en vue, par le mobile qui l'a fait agir, par la méchanceté plus grande ou moindre de l'intention, par la fermeté et la persistance de l'agent dans la perpétration du délit, et enfin par l'apparence du délit (*habitus :* Est-il commun? est-il nouveau? etc., etc.). Ce n'est que d'après toutes ces circonstances qu'un délit peut être justement apprécié et la peine justement appliquée [4].

Enfin les derniers chapitres de son livre sont consacrés au droit de la guerre et aux rapports internationaux. Mais Puffendorf n'a pas dans ces matières d'originalité propre; c'est assurément la partie la moins remarquable de son traité.

Le mérite propre de Puffendorf, qu'il est temps enfin d'apprécier, c'est l'enchaînement de sa doctrine, c'est la concordance de toutes les parties de son œuvre, c'est l'ensemble. Son défaut capital, disons-le de suite, c'est le fatras, c'est la confusion. Tandis que Grotius se contente de placer sa définition du droit en tête de son livre, et semble l'oublier dans les détails, Puffendorf déduit de la sienne toutes les conséquences qu'elle recèle, et ne la perd jamais de vue toutes les fois qu'il a à formuler une théorie nouvelle. Mais ce mérite d'une logique rigoureuse dans les idées, rendu plus remarquable encore par une grande finesse d'analyse, est diminué par le vague de l'exposition : l'ouvrage de Puffendorf est d'une lecture difficile, et donne rarement à l'esprit une pleine satisfaction.

[1] *De jure nat. et gent.*, lib. VII, cap. 3.
[2] *Ibid.*, cap. 4, § 3.
[3] *Ibid.*, lib. VIII, cap. 3.
[4] *Ibid.*

Digitized by Google

Nous avons dit comment sa théorie du droit naturel se confond avec celle de Grotius, mais aussi par quel chemin différent il est arrivé au même résultat. Dans sa doctrine sur le droit de propriété, Puffendorf, plus précis que Grotius, tombe néanmoins dans une étrange contradiction. Selon lui, la propriété individuelle est née d'un partage fait d'un consentement unanime, à l'origine des sociétés; mais comme il voit bien que ce partage imaginaire n'aura pu comprendre tous les objets susceptibles d'appropriation sans exception, il se résout à accepter comme seul titre du droit de propriété, pour les objets non compris dans le partage, le fait de l'occupation. Mais comment l'occupation a-t-elle pu suffire pour me rendre propriétaire de tel objet vacant, s'il a fallu, pour tel autre objet également vacant, une convention, le consentement d'autrui, un contrat? Si l'occupation est un titre, elle a dû être un titre en tous temps et pour toutes choses; et si un partage a été nécessaire, il n'y a de propriété légitime que sur les objets qui y ont été compris.

Dans sa doctrine de l'État, Puffendorf distingue avec beaucoup de raison l'établissement de la société civile, qui a une existence indépendante de tel ou tel gouvernement qui peut la régir, et l'établissement du gouvernement, dont la forme varie selon les temps, les lieux, les circonstances, et surtout selon le degré de civilisation où la société est arrivée. Toute son erreur, s'il y en a une, c'est d'exiger pour l'établissement de la société, comme pour celui du gouvernement, une convention. Avant lui, Hobbes s'était contenté d'une seule convention; car, dans sa pensée, la société ne se maintenant que par la force, cette multitude inorganisée qui se dévorait faute d'un pouvoir plus fort, a constitué par un même acte de volonté la société et le gouvernement [1]. Rousseau, plus tard, en exigea deux; c'est un des points importants de son système. Mais il faut rendre à chacun son bien, et il est juste de reconnaître que cette distinction dont Rousseau était si fier [2], il lui a suffi sans doute d'ouvrir le livre de Puffendorf pour la trouver.

Au résumé, le mérite distingué de Puffendorf lui assure un rang honorable parmi les écrivains du droit naturel. Aussi,

[1] V. surtout le *Léviathan*, chap. 17.

[2] *Contrat social*, liv. I, chap. 6.

Digitized by Google

malgré le jugement sévère qu'en a porté Leibnitz [1], Puffendorf n'a-t-il jamais cessé d'être consulté. Pendant un temps son autorité balança même dans les écoles celle de Grotius, dont il n'avait cependant pas le génie créateur. Son tort est d'avoir maladroitement mêlé ce que Grotius, au moins dans les détails, avait toujours soigneusement distingué, la morale et le droit. Ceux qui sont venus après lui ont mieux observé cette démarcation : c'est un des mérites de Thomasius, dont nous allons parler avec la prétention d'être nouveau, tant ses écrits sont ignorés de la plupart des jurisconsultes français.

III.

Thomasius commença par professer la doctrine de Puffendorf dans ses *Institutiones jurisprudentiæ divinæ*, publiées pour la première fois à Leipsick en 1688, et réimprimées à Halle en 1714. C'était alors un socialiste, comme Puffendorf et Grotius, sans beaucoup d'originalité. Mais homme de bruit et de discussion par caractère, attaqué avec vivacité sur cette doctrine, qu'il enseignait à Halle avec beaucoup d'éclat, Thomasius se trouva conduit, en repoussant les attaques qu'il avait en partie provoquées, à dévier insensiblement et à adopter une doctrine toute différente. C'est celle qui se trouve exposée dans l'ouvrage intitulé *Fundamenta juris naturæ et gentium*, publié à Halle en 1705, réimprimé en 1718, et que nous allons analyser.

En passant sans transition de Puffendorf à Thomasius, nous devons avertir cependant qu'il s'en faut de beaucoup que nous suivions le mouvement juridique dans tous ses détails. Une foule de jurisconsultes, presque tous professeurs, tous Allemands, Bodin, Wachter, Gribner et tant d'autres, ont écrit des volumes qui ne sont pas sans mérite. Mais la science du droit naturel ayant été mise, qu'on nous passe l'expression, tout à fait *en train*, avec Grotius et Puffendorf, il doit nous suffire de parler des jurisconsultes qui ont fait école ; c'est ce qui nous détermine à en passer sur ces écrivains, quoique leurs ouvrages aient été pourtant une pierre de l'édifice commun, et qu'ils aient rectifié quelquefois heureusement des détails.

[1] Leibnitz faisait le plus grand cas de Grotius, mais il ne plaçait pas Puffendorf au même rang. Il dit de lui quelque part qu'il est peu jurisconsulte et nullement philosophe : *Parùm jurisconsultus, minime philosophus.* Il ne faudrait pas prendre tout à fait à la lettre ce jugement rigoureux.

Digitized by Google

Les premiers chapitres des *Fundamenta juris naturæ et gentium*, simple recueil de notes composé par un professeur pour la commodité de son enseignement et celle de ses élèves, sont consacrés à l'exposition d'une doctrine psychologique où nous n'avons pas à pénétrer. Dans le cinquième chapitre, Thomasius distingue le droit, règle d'action, du droit, faculté d'agir : *Jus pro normâ sumitur vel pro potestate agendi.* Avant lui, cette distinction n'avait jamais été bien établie, ou du moins on ne l'avait jamais faite avec la pensée d'en déduire une méthode nouvelle. Grotius, Puffendorf et les autres n'avaient envisagé le roit que comme une collection de principes et de règles à l'observation desquels se subordonne l'existence des sociétés. Thomasius est le premier qui ait songé à l'individu, qui ait fait entrevoir qu'avant la société et ses nécessités bien ou mal entendues, il y a l'homme, le droit individuel, point de départ de toutes les études politiques, centre unique de toutes les théories que le philosophe peut édifier.

Cette distinction posée, Thomasius divise le droit individuel, dont il s'occupera exclusivement, en droit inné et en droit acquis (*jus connatum, jus acquisitum*). Le droit inné, c'est la liberté, c'est la faculté naturelle de faire librement tout ce que l'homme, par sa nature, peut faire légitimement; le droit acquis, c'est le droit qui me compète, et compète à moi seul, d'exercer, par exemple, telle puissance sur telle chose. En ce sens, le droit d'acquérir est un droit inné; le droit de propriété est un droit acquis [1].

Le caractère du droit individuel étant ainsi spécifié, Thomasius fait une remarque très-juste, très-simple, mais très-importante pour l'exactitude des mots, et par conséquent pour l'exactitude des idées. Tout droit, dit-il, toute obligation supposent deux hommes en présence. Personne n'a droit contre soi, ni ne peut se faire injure, ni être obligé envers soi-même [2]. D'un autre côté, si l'on supposait un homme isolé, l'idée de droit n'apparaîtrait jamais.

Enfin, pour en finir avec les querelles de mots, Thomasius soutient, à l'encontre de Grotius, qu'il n'y a pas un droit parfait et un droit qu'on appellerait imparfait. Que serait, en effet,

[1] *Fundamenta jur. nat.*, lib. I, cap. 5.
[2] *Ibid.*

Digitized by Google

un droit imparfait dont je ne pourrais demander l'exécution, sinon une forme vide, une idée pure, un mot! Si l'on peut concevoir une obligation improprement appelée imparfaite et telle que, le lien juridique manquant, il resterait au moins le lien moral, cette obligation n'a pas de droit correspondant; car le droit est de toute nécessité quelque chose d'effectif, ou n'est rien.

C'est ce qu'ont aperçu encore mieux que Thomasius deux jurisconsultes sortis de son école, Gundling et Gérhard. Tous deux ne reconnaissent comme droit véritable que la faculté qui emporte avec soi la faculté de contraindre (*cogendi facultas*); ils n'admettent pas que les devoirs dits imparfaits aient un terme correspondant qui exprimerait l'action.

Après tous ces préliminaires, dans lesquels nous faisons de longues enjambées, Thomasius arrive enfin à préciser l'idée du droit. Des auteurs ont cherché le principe du droit dans la convenance des actions humaines avec la sainteté de Dieu, *convenientia cum sanctitate Dei;* d'autres l'ont vu dans le rapport des actions avec l'harmonie universelle, *convenientia actionum humanarum cum statu integro;* d'autres dans l'observation des engagements, seule source du droit à leurs yeux, *servatio pactorum;* d'autres encore, dans tout ce qui seconde l'instinct de sociabilité inné chez l'homme, *custodia socialitatis;* enfin il en est qui l'ont placé dans une sorte de douce bestialité, dans la soumission à une loi par laquelle toutes les parties, dans l'ordre des choses créées, se subordonnent entre elles, et qu'ils ont appelée *ordo naturæ*.

Thomasius rejette tous ces systèmes, y compris celui de ses patrons socialistes, à qui il reproche de confondre ce qui est juste, légitimement exigible (*justum*), avec ce qui est seulement bien (*decorum*), de simple conseil. Pour lui, le seul principe du droit naturel est celui-ci : «Il faut faire tout ce qui tend à rendre la vie humaine la plus longue et la plus heureuse possible, et éviter tout ce qui tend à la rendre malheureuse et à l'abréger [1]. *Facienda esse quæ vitam hominum reddunt et maxime diuturnam et felicissimam, et evitanda quæ vitam reddunt infelicem et mortem accelerant.* »

On se méprendrait cependant sur la pensée de Thomasius, si

[1] *Fundamenta jur. nat.*, lib. I, cap. 6.

Digitized by Google

l'on entendait que par les mots *vie longue, vie heureuse,* assignée à l'homme comme sa fin, il a en vue le bien-être grossier que les doctrines matérialistes allaient bientôt préconiser exclusivement. Une vie longue, heureuse, dans sa pensée, est la récompense d'une vie régulière. Convier l'homme au bonheur, comme il faut le comprendre, c'est donc l'engager à refréner ses passions mauvaises. Ce principe de droit renfermait pour Thomasius tous les préceptes moraux, notamment ce principe de justice et d'égalité : *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris.* Il avait, de plus, l'avantage d'être à la portée de toutes les intelligences, et aussi, croyait-il, celui de ne pas souffrir de discussion [1].

Du reste, Thomasius caractérise très-exactement l'autorité du droit et l'autorité de la loi positive. La loi positive ne peut heurter le droit naturel : elle le spécifie, elle le promulgue; elle précise les obligations juridiques que la seule raison, celle de tout le monde, ne discernerait que difficilement [2].

S'il nous fallait maintenant juger l'idée principale du livre de Thomasius, il nous serait trop facile de montrer qu'en prenant la félicité universelle comme principe du droit individuel, il prend pour un principe un simple résultat, le résultat au moins douteux de la seconde partie de la morale évangélique. Est-il bien sûr qu'en ne faisant rien à autrui de ce que nous ne voudrions pas qu'on nous fît, nous nous assurons infailliblement une vie longue et paisible? Et si cela est, est-il bien rationnel de faire briller aux yeux de l'homme, comme règle d'action, cette récompense indirecte et lointaine, au lieu de lui donner pour règle le commandement même d'où elle découle? Que des passions âcres rendent impossible le bonheur bien compris, cela est certain; mais commander à l'homme d'être heureux à seule fin d'obtenir qu'il soit juste, c'est intervertir l'ordre que la raison indique. Thomasius montre ce qui peut être, à tort ou à raison, le but de la vie; il ne dit pas, ou ne dit que trop tard, par forme de commentaire, quel est le principe des actions humaines, quelle est la base du droit de l'individu.

Si l'on consentait cependant à passer sur cette critique, par

[1] *Fundamenta jur. nat.*, lib. I, cap. 6.
[2] *Ibid.*, lib. I, cap. 5.

Digitized by Google

la raison qu'elle s'en prend plutôt à la forme qu'au fond des choses, il en est au moins une autre dont notre auteur ne pourrait être absous. En donnant au droit une base trop large, il pose une règle qui s'applique autant aux actions humaines ne relevant que du for intérieur qu'à celles qui, dans une législation raisonnable, ne doivent relever que de la loi. Essayez en pensée de faire un code civil et pénal, mais qui ne soit qu'un code civil et pénal, avec le principe de Thomasius, et vous n'y parviendrez pas, ou vous empiéterez considérablement sur le domaine des mœurs. Thomasius qui, dans ses longs préliminaires, distingue soigneusement l'obligation juridique de l'obligation purement morale, et reproche aux socialistes de les avoir confondues, fait lui-même ce qu'il blâme; il reste infidèle à sa méthode quand il arrive à se résumer.

Tel est l'ouvrage de Thomasius, précis, net, clair, du reste tout rempli d'idées aussi simples qu'ingénieuses, offrant à chaque page des pensées aussi profondes que vraies, sauf toutefois l'endroit où il entreprend de donner une définition du droit. Thomasius, doué d'une grande lucidité d'esprit, va toujours droit à la difficulté. Ennemi du fatras, il se démène admirablement au milieu de toutes les subtilités scolastiques accumulées jusqu'à lui. Pour les dissoudre, il lui suffit d'un trait, d'une distinction, d'un mot. Il a posé le premier, pour point de départ des études philosophico-juridiques, le droit individuel : c'est un grand pas à noter dans l'histoire que nous esquissons; il n'y a plus qu'à en faire un dernier pour être tout à fait dans la voie de la vérité.

IV.

Ce dernier pas, c'est Wolf qui l'a fait. Wolf, professeur par métier, comme ses compatriotes dont nous venons d'analyser les écrits, semble n'avoir eu, dans ses nombreux ouvrages qu'un but : développer, expliquer, vulgariser les idées de Leibnitz, son maître. En 1740, il publia ses *Principia juris naturalis*, volumineux travail, qui est à la fois un ouvrage de morale et un ouvrage de droit. Plus tard, il donna des abrégés de ce gros traité : ces abrégés ont servi à répandre davantage sa doctrine; mais, pour ceux que les longues lectures n'effrayent pas et qui peuvent se familiariser avec la manière de l'auteur, il y a quelque avantage à s'en tenir au premier jet de son esprit,

Digitized by Google

et c'est encore dans les *Principia* que la pensée de Wolf doit être cherchée de préférence.

Comme Thomasius, dont il a évidemment subi l'influence, Wolf se place, dans toutes ses études, au point de vue individuel; mais, à la différence de Thomasius, il place le principe du droit individuel dans l'obligation morale. Le droit, dit Wolf, est la faculté de faire ce qui est moralement possible et de s'abstenir de ce qui est moralement impossible : *Jus oritur ex obligatione passiva. Est enim facultas agendi quod moraliter possibile est, et non agendi quod moraliter impossibile*[1]. Conséquemment, il en conclut que s'il n'y avait pas d'obligation morale le droit n'existerait pas : *Nullum jus foret si nulla esset obligatio*[2]. Tel est bien, en effet, le principe du droit, si l'on veut en finir avec les doctrines matérialistes, et avec toutes les subtilités qui encombrent, dans les systèmes moraux, les livres des docteurs. La pensée de Wolf n'a besoin d'être rectifiée que dans l'expression. D'autres en déduiront plus tard les conséquences qu'elle récèle et qu'il n'a pas vues; mais le point de départ restera toujours tel qu'il l'a posé, et peut seul, dans ses développements logiques, donner à l'esprit une pleine satisfaction.

Comme il faut, tout en tenant compte à chacun du mérite de ses découvertes, rendre justice néanmoins à ceux qui les ont préparées, nous devons dire que le véritable principe du droit avait été entrevu par d'autres avant que Wolf en vînt à le formuler. Longtemps avant Wolf, Cumberland avait écrit que « le droit que chacun a de vivre aujourd'hui, montre qu'il a droit aux causes nécessaires pour la conservation de son existence, et que le droit qu'il a de vivre demain et plus longtemps montre qu'il a droit pour l'avenir à un pareil usage[3]. » Et deux ans avant les *Principia*, un professeur allemand, aujourd'hui complétement inconnu, Kœlher, avait écrit entre autres choses, que Dieu nous ayant créés pour vivre, nous avons par cela même le droit de nous défendre. Ce sont là évidemment les origines de la doctrine de Wolf; il n'a eu qu'à généraliser ces aperçus pour trouver le principe du droit. Mais ce principe ne lui appartient pas moins, pour l'avoir placé en tête de son livre avec une pleine connaissance de sa valeur, et pour la netteté avec

[1] *Principia juris naturalis*, cap. 1, § 23.
[2] *Ibid.*, §§ 25 et 145.
[3] *De legibus nat. et gent.*, cap. 1, § 23.

Digitized by Google

laquelle il l'a mis en lumière et en a déduit quelques résultats.

Les ouvrages de Wolf sont donc un point de départ nouveau pour toutes les études du droit naturel qui suivent. Peut-être son œuvre laisse-t-elle à désirer comme chose complète; car après avoir constaté que le droit naît de l'obligation morale, Wolf ne s'occupe plus guère que des devoirs, non du droit, et ses *Principia* ne sont plus qu'un traité de morale. Mais il n'importe; la voie est tracée; ses imitateurs n'auront qu'à l'y suivre.

Nous terminerons ici ces études, au seuil, en quelque sorte, d'une ère nouvelle, et alors que pour aller plus avant il nous faudrait mêler aux doctrines des jurisconsultes l'étude de doctrines purement métaphysiques et des faits. Pendant que les jurisconsultes, en effet, accomplissaient lentement cette longue révolution dont nous avons essayé de marquer les grandes phases, les philosophes, de leur côté, en accomplissaient une autre; ils opéraient un mouvement analogue, plus passionné, moins sûr, mais qui allait influer davantage sur les masses, et que devait terminer l'immense explosion de la Révolution française. Cela sera peut-être de notre part, l'objet d'un travail séparé. Mais, avant d'en finir avec les présentes études, nous devons chercher une dernière fois à en préciser le résultat final; nous devons jeter un dernier coup d'œil en arrière afin de nous résumer.

Quatre époques, quatre tentatives, pour aboutir finalement aux principes dont nous subissons encore l'influence, ont marqué l'histoire du droit naturel jusqu'à la Révolution. Dans la première période, les prédécesseurs de Grotius soulèvent les questions plutôt qu'ils ne les discutent; l'esprit de la réforme les a pénétrés; ils se débattent dans les entraves de l'esprit théocratique, mais ils arrivent, enfin, avec Winckler, à produire les prolégomènes d'un véritable traité de droit naturel. Leurs efforts sont loin de manquer d'intérêt, et l'étude de leurs écrits ne serait pas encore aujourd'hui sans profit. Ce sont des vagissements, sans doute, des balbutiements plutôt que des paroles articulées; mais il est évident qu'une science nouvelle est à la veille de naître, et qu'un dernier effort suffira pour la constituer.

Cet effort, c'est Grotius qui le fait, et avec lui commence une

Digitized by Google

seconde phase, où la science du Droit naturel apparaît sinon parfaite, au moins complète, et telle qu'elle n'aura plus qu'à se continuer. L'apparition du livre de Grotius est un véritable événement : une règle nouvelle est trouvée, celle de la *droite raison;* une méthode est fondée, qui sera celle de toute une école; et si une révolution politique, en Angleterre, semble déterminer, avec Selden et Hobbes, un point d'arrêt, le mouvement imprimé par Grotius n'ira pas moins se continuant et se prolongeant avec Puffendorf jusqu'à Thomasius, qui en posant avec quelques jurisconsultes de son école, comme Gérhard[1], le principe du droit individuel, donne à la science du droit naturel un nouvel aspect.

Enfin Wolf marque la quatrième phase en donnant pour base au droit naturel l'obligation morale. Avec lui, le droit naturel acquiert un caractère d'élévation et de certitude jusqu'alors inconnu. C'est dans son sens que ses successeurs, Burlamaqui entre autres, vont diriger leurs études.

Telle est en quelques mots l'histoire que nous avons présentée, pauvre de faits, sans incidents, sans passion, sans rien de ce qui émeut la foule, mais non sans intérêt, si l'on veut bien tenir compte de l'influence secrète que de si consciencieux travaux ont exercée sur les esprits. Parmi les grandes vérités qui s'en dégagent, deux surtout commandent particulièrement l'attention : une règle de méthode, celle de la droite raison, et un principe fondamental, celui du droit individuel, inspireront bientôt, sous le nom de liberté, si l'on veut y bien regarder, la fameuse Déclaration des droits, et domineront, après comme avant la Révolution, dans toutes les études ayant le droit naturel pour objet. Tant de puissants efforts au moins n'auront pas été perdus! Saluons donc dans nos vieux jurisconsultes les initiateurs les plus sûrs, sinon les plus bruyants, aux réformes dont nous pouvons nous enorgueillir dans l'ordre politique et civil; car ces améliorations, c'est à eux les premiers qu'il faut en rapporter la gloire, comme il faudra aussi leur faire honneur de toutes celles qui nous sont réservées peut-être encore dans un avenir inconnu. H. THIERCELIN.

[1] Gérhard a publié sous ce titre : *Delineatio juris naturalis libri III*, un volume imprimé à Iéna en 1712.

Digitized by Google

DE LA CONTRAINTE PAR CORPS EN MATIÈRE CRIMINELLE

CONTRE LES CONDAMNÉS INSOLVABLES.

Par M. Sourdat, substitut au tribunal civil d'Amiens.

Les difficultés qui s'élèvent relativement à l'exercice de la contrainte par corps en matière civile ou commerciale sont fréquemment portées devant les tribunaux, où elles sont résolues à la lumière des discussions orales comme toutes les questions importantes du droit. Les éléments ne manquent point à cet examen, car la loi a formulé avec détail ses dispositions sur la matière. (C. Nap., 2059 à 2070; — C. proc. civ., 780 à 805; — L. 17 avril 1832, 1 à 32; — L. 13 décembre 1848, 1 à 7, 10 à 12; — et L. 26 mars 1855.) D'autre part, la contrainte ne peut être exercée qu'en vertu d'un jugement, et les parties en cause dans l'instance qui le précède sont assez éclairées sur leurs droits pour débattre tous les points litigieux. Les unes, en effet, sont soumises à la contrainte d'une manière générale pour les engagements qu'entraîne l'exercice journalier de leur profession : ce sont les commerçants. Les autres sont des personnes publiques qui ne peuvent ignorer la loi (C. Nap., 2060, §§ 3, 4, 6, 7), ou des particuliers qui s'y sont soumis expressément (C. Nap., 2060, § 5). Tous d'ailleurs, même en cas de stellionat, de dépôt et de réintégrande, ne sont contraignables qu'autant que la dette s'élève au moins à 200 francs en matière de commerce (L. 17 avril 1832, art. 1er); — à 300 francs en matière civile (C. Nap., 2065; — C. proc. civ., 126). La nature et la quotité de la dette impliquent donc presque toujours un intérêt pécuniaire ou moral d'un ordre assez élevé pour que le contraignable s'efforce, par tous les moyens possibles, d'échapper à l'humiliation d'un emprisonnement ou d'en abréger la durée.

En matière pénale, au contraire, la plupart des condamnés sont trop dépourvus de ressources et trop ignorants de la loi pour contester judiciairement l'application qui leur en est faite. La grande majorité des individus condamnés par les tribunaux de police simple ou correctionnelle sont frappés d'une amende

Digitized by Google

ou d'un emprisonnement de courte durée [1], mais se trouvent, dans tous les cas, sujets à la contrainte par corps pour le payement des frais, qui varient de 10 à 50 francs, ou ne dépassent que bien rarement ce dernier chiffre.

Un certain nombre est insolvable. Pour ceux-ci, le maximum de la contrainte est de trois mois, aux termes de la loi du 13 décembre 1848 (art. 8) [2]. Les autres payent ordinairement après quelques jours de détention. Aucun n'a la pensée de saisir les tribunaux de la question de savoir s'ils doivent être élargis après l'expiration de tel ou tel délai, d'un mois, par exemple, au lieu de deux.

La durée de la contrainte reste donc dans le domaine absolu du procureur impérial, chargé de la faire mettre à exécution sur la demande du receveur de l'enregistrement; et si, comme il arrive quelquefois, les réquisitions du procureur impérial ne

[1] En 1854, sur 256,670 prévenus de délits correctionnels :

Ont été acquittés	25,445
Condamnés à l'emprisonnement pour un an et plus.	11,260
— — pour moins d'un an.	80,584
— à l'amende seulement	138,223

En 1855, sur 234,363 prévenus :

Ont été acquittés	23,499
Condamnés à l'emprisonnement pour un an et plus.	11,661
— — pour moins d'un an.	76,765
— à l'amende seulement	122,438

(*Compte général de l'administration de la justice criminelle en France*, années 1854 et 1855, tableau LXXIV.)

[2] En 1855, 2,239 condamnés ont justifié de leur insolvabilité. Sur ce nombre, 1,977 ont subi la contrainte par corps, savoir :

Pendant moins de quinze jours	254
— d'un mois	674
Pendant un à deux mois	593
— deux à trois mois	216
— trois à quatre mois	129
— quatre mois et plus	111

En matière de délits forestiers, sur 2,386 condamnés insolvables, contre lesquels la contrainte par corps a été mise à exécution, ont été détenus :

De quinze jours à un mois	719
De un à deux mois	1,217
De deux à quatre mois	414
De quatre mois et plus	36

(*Compte général de la justice criminelle en France*, 1855.)

On voit que la contrainte s'est prolongée pour certains condamnés au delà de trois mois. C'est que les condamnations s'élevaient à plus de 300 francs. (Loi du 17 avril 1832, art. 40; loi du 13 décembre 1848, art. 12.)

Digitized by Google

fixent pas cette durée, la question reste livrée à l'appréciation du gardien de la maison d'arrêt. En tous cas elle passe souvent inaperçue, et dès lors peut être fréquemment tranchée, de la meilleure foi du monde, au détriment du justiciable.

Or si ce dernier n'est pas en état de se défendre par lui-même des erreurs qui peuvent se glisser dans l'application de cette mesure juste, nécessaire, mais rigoureuse, n'est-ce pas une raison de plus pour que les fonctionnaires arbitres de son sort se pénètrent du véritable sens de la loi, et n'exigent du condamné que ce dont il est tenu?

C'est la liberté individuelle qui est en jeu. Il importe donc que le magistrat se prémunisse, en pareil cas, contre les entraînements d'une pensée louable dans son principe, mais qui, tantôt pour assurer une protection plus efficace aux intérêts du trésor, tantôt pour frapper les coupables d'une sorte de peine complémentaire, le conduirait à exagérer dans l'emploi de ce moyen de coercition la sévérité du législateur.

En un mot, ce qu'il faut appliquer c'est la loi, rien que la loi, sans faiblesse et sans préjugé, comme sans entraînement systématique.

On sait que le décret du 13 décembre 1848 a réparé certaines lacunes de la loi du 17 avril 1832, rétabli l'harmonie dans ses dispositions et introduit des adoucissements qui méritent généralement d'être approuvés[1].

Néanmoins, plusieurs questions que la pratique seule révèle demeurent indécises. On vient de voir par quelle raison ni les tribunaux ni les commentateurs n'ont eu jusqu'ici à s'en occuper.

Essayons de jeter quelque lumière sur ces points secondaires, il est vrai, mais qui présentent encore un intérêt sérieux comme toute la matière de la contrainte par corps.

Quelques lignes nous suffiront pour remettre sous les yeux du lecteur les dispositions de la loi sur lesquelles va rouler notre examen.

L'article 52 du Code pénal porte que « l'exécution des condamnations à l'amende, aux restitutions, aux dommages-intérêts et aux frais, pourra être poursuivie par la voie de la « contrainte par corps. »

[1] V. mon *Traité général de la responsabilité*, nos 204 et suiv.

Digitized by Google

Les articles 467 et 469 étendent la même règle aux condamnations prononcées pour contraventions de police.

La loi du 17 avril 1832 (art. 33 à 40) et celle du 13 décembre 1848 (art. 8 et 9) ont déterminé la durée de la contrainte contre les insolvables.

Dans l'ancien droit elle était indéfinie. — Sous l'empire du décret des 19-22 juillet 1791, il en était de même quand la condamnation était encourue pour délit. S'il s'agissait d'une simple contravention, et que le créancier fût insolvable, elle ne durait qu'un mois (art. 26).

L'article 53 du Code pénal admettait une échelle de progression basée sur la nature des condamnations. « Lorsque des « amendes et des frais seront prononcés au profit de l'État, si, « après l'expiration de la peine afflictive ou infamante, l'empri- « sonnement du condamné, pour l'acquit de ces condamnations « pécuniaires, a duré une année complète, il pourra, sur la « preuve acquise par les voies de droit de son insolvabilité, ob- « tenir sa liberté provisoire. — La durée de l'emprisonnement « sera réduite à six mois s'il s'agit d'un délit, sauf, dans tous « les cas, à reprendre la contrainte par corps, s'il survient au « condamné quelques moyens de solvabilité. »

De même l'article 467, au chapitre des contraventions : « Le « condamné ne pourra être détenu plus de quinze jours, s'il « justifie de son insolvabilité. »

A l'égard des condamnations prononcées au profit des parties civiles, le Code maintenait le principe de la contrainte illimitée. C'est ce qui résultait de son silence même [1].

La loi du 17 avril 1832 vint adoucir ces dispositions.

En ce qui concerne les condamnations au profit de l'État, l'article 34 autorise le débiteur à se faire mettre en liberté, dans tous les cas, en fournissant une caution qui doit être admise par le receveur des domaines, ou, en cas de contestation, déclarée bonne et valable par le tribunal civil. La caution devra s'exécuter dans le mois.

Puis d'après l'article 35 combiné avec l'article 40, le débiteur peut encore se faire mettre en liberté en justifiant de son insolvabilité, si la dette n'excède pas 300 francs. — La contrainte cesse alors après quinze jours, quand les condamna-

[1] M. Troplong, C. par corps, n° 47. V. aussi l'art. 469.

Digitized by Google

tions pécuniaires n'excèdent pas 15 francs; après un mois quand elles s'élèvent de 15 à 50 francs; après deux mois quand elles s'élèvent de 50 à 100 francs; enfin après quatre mois quand elles montent de 100 à 300 fr. Ce dernier délai est réduit à trois mois par l'article 8 de la loi du 13 décembre 1848.

Mais si la condamnation s'élève à 300 francs ou au-dessus, et *quand même l'insolvabilité pourrait être constatée*, la durée de la contrainte sera déterminée par le jugement de condamnation, dans les limites d'un an au moins et de dix ans au plus. Ce délai est le même pour tous les condamnés, et le débiteur est mis en liberté, à son expiration, sans avoir à justifier de son insolvabilité. (Cass. 24 janvier 1835; *Journal du droit criminel*, p. 24.)

Cette dernière hypothèse ne soulève guère de difficultés dans son application.

C'est à l'article 35 que se rattachent les deux questions que nous allons examiner.

I.

On vient de voir que cet article élève la durée de la contrainte par corps proportionnellement au chiffre des condamnations. — Ce chiffre décide encore le point de savoir si la durée de la contrainte sera fixée suivant l'article 35, ce qui a lieu quand il est inférieur à 300 francs, — ou suivant l'article 40, s'il atteint ou dépasse cette somme.

Mais que faut-il comprendre dans « *les condamnations* » au point de vue de ces deux articles?

Il n'est pas douteux que la loi entend par là, non-seulement l'amende et les dommages-intérêts qui forment l'objet principal du jugement, mais les frais liquidés par ce jugement, ou qui sont une conséquence nécessaire de sa prononciation, tels que l'enregistrement et le timbre de la minute.

Quant aux frais de mise à exécution, tels que l'expédition, la signification, le commandement, le droit de capture, doivent-ils entrer dans le calcul de la somme de 15, de 50 francs, etc., qui sert de base à la durée de la contrainte?

Un exemple va faire saisir l'intérêt de cette distinction.

Un individu est condamné en police correctionnelle à l'emprisonnement, à 25 francs d'amende et aux frais liquidés à 16 francs, soit 41 francs au total. Il justifie de son insolvabilité

Digitized by Google

et doit subir la contrainte par corps. — Si l'on prend pour base de sa durée les chiffres ci-dessus, la détention sera d'un mois. — Mais le jugement était par défaut, il a fallu le signifier au condamné; celui-ci n'y a pas formé opposition, mais un droit de capture qui varie de 12 à 18 francs est dû aux huissiers ou gendarmes qui ont procédé à l'arrestation. (Décret du 7 avril 1813, art. 6.) Enfin la recommandation pour la contrainte par corps n'a pu avoir lieu qu'après la notification d'un commandement. C'est donc une somme de plus de 20 francs qui s'ajoute à la précédente. Si l'on additionne les deux chiffres, la dette est de 61 francs au minimum, et la contrainte se prolongera pendant deux mois au lieu d'un.

Est-ce donc dans ce dernier sens que la disposition de l'article 35 doit s'interpréter?

Je ne le pense pas.

Puisque la loi fait dépendre la durée de la contrainte du chiffre des condamnations, il est manifeste que ce chiffre doit apparaître dans le jugement lui-même.

D'abord, n'est-ce pas l'idée la plus rationnelle que de rattacher la durée de la contrainte à des éléments fixes, qui sont déterminés au moment de la rédaction et de la signature du jugement, c'est-à-dire à l'instant où il se formule d'une manière authentique, complète et définitive; n'est-ce pas plus rationnel, disons-nous, que de la faire dépendre d'éléments incertains, éventuels, tenant à des circonstances postérieures à la condamnation, comme les frais de signification et de capture, par exemple?

Tel est, en effet, le système de la loi; nous allons le voir apparaître dans l'ensemble de ses dispositions.

L'article 35 n'est pas seul dans la loi de 1832; il ne prévoit qu'une des deux hypothèses qui peuvent se réaliser, celle d'une condamnation inférieure à 300 francs. Si la condamnation dépasse ce chiffre, aux termes de l'article 40, le jugement doit fixer lui-même la durée de la contrainte dans les limites d'un à dix ans[1].

Il faut donc que le tribunal ait à sa disposition les éléments du chiffre dont dépend l'application de l'un ou l'autre article. La Cour suprême a cassé par voie de retranchement nombre

[1] Aujourd'hui de six mois à cinq ans, et, pour les septuagénaires, de trois mois à trois ans. (Loi 13 déc. 1848, 12 et 9.)

Digitized by Google

d'arrêts où la Cour d'assises avait fixé la durée de la contrainte conformément à l'article 40 : « Attendu qu'il n'existe pas au « profit de l'État de condamnation à l'amende ni de liquidation « de frais au-dessus de 300 francs. » (Cass. 2 août 1838 ; *Bull.*, n° 255.) — Ou bien encore : « Attendu qu'il n'existe contre L... « aucune liquidation de dépens *dans l'arrêt attaqué*, et qu'il n'a « été prononcé contre lui qu'une amende de 100 francs. » (Cass. 31 décembre 1835 et 3 août 1838 ; *Bull.*, nos 478 et 259.)

Réciproquement, la Cour annule invariablement les arrêts qui n'ont pas fixé la durée de la contrainte, alors qu'il résulte de leurs énonciations que les condamnations s'élèvent, tant pour l'amende que pour les frais, à 300 francs et au-dessus.

S'il y a partie civile en cause, les dommages-intérêts et les dépens qui lui sont adjugés servent aussi à déterminer le chiffre de 300 francs dont nous parlons. (Art. 39 et 40.)

Or, nous le demandons, comment attacher au mot *condamnation*, dans l'article 35, un sens différent de celui qu'il a dans dans les articles 39 et 40? Comment dire que, dans ces deux derniers, il signifie l'amende et les frais du procès *liquidés* par le jugement, et que, dans le premier, il signifie encore les frais du procès, mais *augmentés* de ceux qu'entraîne la mise à exécution?

Sans aucun doute le jugement qui prononce une peine et condamne en même temps le prévenu aux frais, le soumet virtuellement à payer ceux de l'exécution, s'il les rend nécessaires. Mais cette dernière partie des frais est, au moment de la condamnation, éventuelle et indéterminée; or c'est un principe général en matière de contrainte par corps qu'elle ne soit prononcée que pour une somme certaine, fixée par le jugement. Ce principe est inscrit de la manière la plus formelle dans les articles 2065 du Code Napoléon et 126 du Code de procédure civile, puisqu'ils déclarent que la contrainte n'aura lieu que pour une somme de 300 francs au moins. Il est reproduit en matière commerciale par l'article 1er de la loi du 17 avril 1832, sauf l'abaissement du chiffre de 300 à 200 francs, puis par l'article 14 en ce qui concerne les étrangers, enfin par l'article 13 en ce qui concerne les comptables publics. Ainsi, pour ces diverses natures d'obligations, le législateur a voulu faire dépendre l'exercice même de la contrainte de l'importance de la condamnation telle qu'elle est prononcée par le jugement. Si

Digitized by Google

donc, en ces mêmes matières, il a voulu faire dépendre la *durée* de l'emprisonnement du chiffre plus ou moins élevé de cette condamnation, il a dû la considérer aussi dans ses éléments fixes et invariables inscrits dans le jugement. C'est en effet ce qu'il a établi avec une évidence palpable dans les articles 5, 7, 13 et 17 de la même loi.

L'article 5 dit que l'emprisonnement cessera après un an lorsque le montant de la condamnation *principale* ne s'élèvera pas à 500 francs; — après deux ans, lorsqu'il ne s'élèvera pas à 1,000 francs, etc. L'article 17 emploie des expressions identiques. Ainsi, ni les dépens, ni même les intérêts, ne sont pris en considération dans les cas prévus par ces deux articles.

Les articles 7 et 13, relatifs à la contrainte en matière civile ordinaire et à celle qui s'exerce contre les comptables publics, disposent que la durée en sera fixée par le jugement de condamnation dans les limites d'un an à dix ans. Ici la loi permet de cumuler le principal avec les accessoires. Mais il faut toujours que l'un, aussi bien que les autres, soient dus au moment du jugement, et forment une somme déterminée à laquelle s'applique la condamnation; car si cette condamnation était inférieure à 300 francs, la contrainte n'aurait pas lieu. Voilà pourquoi, dans tous les cas où la contrainte est exécutoire sans jugement, par exemple lorsqu'il s'agit d'une caution judiciaire contraignable en vertu de sa soumission faite au greffe (C. proc., 519), le créancier doit obtenir un jugement spécial pour fixer le temps de l'emprisonnement, et que l'incarcération ne pourrait avoir lieu sans ce préalable[1].

Le système général et invariable du législateur ressort donc on ne peut plus clairement de ces dispositions, diverses quant à leur objet et identiques dans leur principe fondamental. On n'a rien voulu laisser à l'arbitraire, au contingent, à l'indéterminé, quant à la fixation de la durée de la contrainte. Cette fixation est faite soit par la loi, soit par le juge, au moment même où il prononce la contrainte par corps, et toujours d'après le chiffre de la condamnation inscrite dans le jugement.

Mais ce système, si bien établi pour les matières civiles et commerciales, a-t-il été mis en oubli dans les matières criminelles? En passant au titre V de la loi du 17 avril 1832, ses ré-

[1] M. Troplong, nos 331, 443, 444.

Digitized by Google

dacteurs sont-ils tombés dans les inconvénients qu'ils avaient si soigneusement écartés par les dispositions inscrites aux titres précédents?

Cela n'est pas un instant supposable. L'article 35 établit une échelle de progression semblable à celle des articles 5 et 17 pour les dettes inférieures à 300 francs.

Quant à celles qui s'élèvent à 300 francs et au-dessus, l'article 40 renvoie à l'article 7. — Toutes ces dispositions sont donc conçues dans le même esprit; la pensée qui les domine est nécessairement la même. Le doute à cet égard n'est pas permis en présence du simple rapprochement des textes; et si les dispositions d'une loi, comme celles d'un contrat, s'interprètent les unes par les autres, nous croyons pouvoir dire avec assurance que la démonstration de notre proposition est achevée.

Nous regrettons de nous trouver ici en contradiction avec les principes admis par l'administration de l'enregistrement et des domaines. Une décision de M. le ministre des finances du 17 janvier 1853, transmise aux employés de l'enregistrement par l'instruction générale de cette administration du 17 janvier 1853, décide « que les frais de signification, de commandement et de « capture sont la conséquence du jugement et font partie des « condamnations dont parlent les articles 35 de la loi du 17 avril « 1832, 8 de la loi du 13 décembre 1848, 212 et 213 du Code fo- « restier, 78 et 79 de la loi sur la pêche pluviale; qu'ils doivent « être dès lors réunis aux autres frais pour déterminer le temps « de détention. »

La discussion qui précède nous semble avoir établi que cette solution est inexacte et sera peut-être de nature à faire modifier à cet égard les instructions de l'administration.

Nous objectera-t-on que les motifs puisés par nous dans les divers textes de la loi de 1832 restent sans application pour l'interprétation des articles du Code forestier et de la loi sur la pêche renfermant des dispositions analogues, parce qu'ils sont antérieurs à cette loi?

La réponse sera bien facile. La solution que nous donnons ne repose pas exclusivement sur les textes de la loi de 1832, mais sur les principes généraux en matière de contrainte par corps formulés dans les articles 2065 du Code Napoléon et 126 du Code de procédure civile. Les articles 1, 13, 14, 5, 7 et 17 de la loi de 1832 n'en sont que des applications, et ces prin-

Digitized by Google

cipes dominent le Code forestier aussi bien que la loi sur la pêche fluviale du 15 avril 1829.

Mais la contrainte par corps restera-t-elle sans influence aucune, comme moyen de coercition, sur le payement de ces frais accessoires postérieurs au jugement de condamnation, et qui, selon nous, ne doivent pas entrer en ligne de compte pour supputer le temps légal que doit durer l'emprisonnement? — Bien loin de là! Elle est appelée souvent à sanctionner d'une manière très-énergique l'obligation de payer les frais qui pèse toujours sur le condamné.

On devra faire ici la distinction qui a lieu en matière civile. En effet, aux termes de l'article 7 de la loi de 1832, le jugement de condamnation fixe la durée de la contrainte dans les limites d'un an à dix ans; et, comme nous venons de le voir, il est incontestable ici que c'est uniquement de la condamnation principale que le juge doit se préoccuper.

Néanmoins, lorsque le débiteur veut obtenir son élargissement *avant l'expiration du délai fixé,* il faut qu'il rembourse non-seulement le montant de cette condamnation principale; mais les frais de capture et d'emprisonnement. (C. proc., 798 et 800. — L. 17 avril 1832, art. 23 et 24.)

Il en sera de même en matière criminelle, si le débiteur veut obtenir son élargissement *avant l'expiration* du temps fixé par l'article 35. Il devra payer intégralement les frais faits pour parvenir à l'exécution du jugement, qui seront d'ailleurs constatés par un nouvel exécutoire levé par l'administration ou la partie civile, le condamné n'étant forcé de payer que suivant la taxe. (L. 17 avril 1832, art. 23.)

II.

Une seconde question moins facile à résoudre est celle de savoir si, pour fixer la durée de la contrainte conformément à ce même article 35, on doit cumuler le montant de plusieurs condamnations, dont chacune serait inférieure à 300 francs, et qui auraient été prononcées successivement pour des délits distincts contre le même individu?

Cette question est complexe. On doit l'examiner dans deux hypothèses différentes;

Celle d'un jugement à prononcer après une première condamnation :

Digitized by Google

Celle de l'exécution de deux jugements qui, rendus séparément, n'ont rien statué sur la durée de la contrainte, chacune des condamnations étant inférieure à la somme de 300 francs.

Et d'abord, chaque condamnation doit-elle être envisagée séparément pour déterminer l'application soit de l'article 35, soit de l'article 40 de la loi? En d'autres termes, si l'amende et les frais résultant du second jugement réunis à l'amende et aux frais de la première condamnation s'élèvent au-dessus de 300 francs, le second jugement doit-il fixer la durée de la contrainte conformément à l'article 40?

Nous ne le pensons pas, car il est évident pour nous qu'en matière criminelle comme en matière civile [1], la position du débiteur par rapport à la contrainte doit être définitivement fixée par chaque jugement. Il existe autant de dettes distinctes que de condamnations. Or la durée de la contrainte est basée, nous l'avons déjà dit, sur la quotité de chaque dette.

L'économie de la loi conduit inévitablement à cette solution. Ainsi la durée de la contrainte serait fixée conformément à l'article 40 par le second jugement, bien que celui-ci n'ait à prononcer qu'une condamnation inférieure à 300 francs, première anomalie que repousse le texte formel de l'article 40. D'ailleurs, en comprenant dans son dispositif, comme il serait facile de le faire, les précédentes condamnations pour en régler l'exécution, ne viendrait-il pas rétroagir sur la chose jugée, ne serait-ce pas donner à la précédente décision des effets tout différents de ceux qu'elle devait produire à l'origine?

Enfin, le tribunal saisi de la dernière poursuite connaîtrait-il toujours les condamnations antérieures, le montant des amendes et des frais déjà prononcés, et l'instruction devrait-elle désormais s'étendre au détail de ces chiffres et au point de savoir si le condamné s'est libéré?

Évidemment, ce n'est pas là ce que la loi a prescrit. Pour chaque jugement, le tribunal doit se conformer à l'article 35 ou à l'article 40, suivant la quotité de la condamnation spéciale qu'il prononce. Tenons-nous à ce principe, qui domine à la fois les matières criminelles et civiles.

Ce premier point résolu, voyons si l'on doit faire exécuter chaque condamnation successivement, de manière que la con-

[1] MM. Coin-Delisle, p. 87; Dalloz, v° Cont. par corps, n° 492; Troplong, n°s 283, 284, 425; Rouen, 3 mars 1854, D., 54, 2, 152.

Digitized by Google

trainte soit exercée pour chaque jugement dans les limites que comporte le chiffre auquel il s'élève.

Faut-il, au contraire, faire la somme de toutes les condamnations prononcées au moment de l'incarcération, et calculer sur le chiffre total la durée de la détention?

Ne doit-on même pas décider que l'exercice de la contrainte pendant le temps fixé pour la plus forte de ces dettes, affranchit le débiteur de l'incarcération pour toutes les autres, comme le prescrit l'article 27 de la loi de 1832?

Voilà trois solutions qui peuvent être proposées et entre lesquelles il faut faire un choix.

Les résultats sont fort différents, suivant que l'on emploie l'un ou l'autre de ces modes de calcul. Supposons quatre condamnations, de 12 francs chacune, prononcées successivement contre le même délinquant : si l'on exerce la contrainte en les distinguant et pendant quinze jours pour chacune d'elles, la détention durera deux mois. Cependant le total de ces quatre dettes n'est que de 48 francs, et si ce même chiffre résultait d'un seul jugement, l'emprisonnement ne serait que d'un mois (art. 35). — Si même on adoptait la règle de l'article 27, une détention de quinze jours purgerait les quatre condamnations.

Autre hypothèse :

Paul, prévenu d'un vol commis le 15 janvier 1858, est condamné à treize mois d'emprisonnement; les frais se sont élevés à 55 francs; — le condamné doit subir deux mois de contrainte. — Mais il est poursuivi de nouveau pour un autre vol commis le 1er décembre 1857, et le jugement déclare que la peine de six mois d'emprisonnement qu'il prononce pour le vol antérieur se confondra avec celle de treize mois déjà motivée par le délit de 1858. — Or les frais de la seconde procédure s'élèvent à 40 francs. — Le condamné devra-t-il subir la contrainte par corps pendant un mois de plus qui, réuni aux deux mois résultant de la première condamnation, formerait un total de trois mois, tandis que si les deux délits eussent été compris dans une même poursuite, et qu'une condamnation à la somme totale de 95 francs eût été prononcée par un seul jugement, le condamné n'eût subi la contrainte que pendant deux mois?

Le premier des trois systèmes que nous énumérions tout à l'heure résout la question d'une manière très-simple. Il en est

Digitized by Google

de même du second, bien que directement opposé dans ses résultats. Examinons d'abord les raisons qui militent en faveur de celui-ci.

La loi de 1832, pourrait-on dire, est évidemment insuffisante dans les dispositions qui touchent à la contrainte par corps en matière criminelle. Il faut donc les compléter et les éclaircir par celles qui régissent, en matière civile et commerciale, des points analogues à ceux en litige. C'est ce qui a été reconnu déjà, et l'on a vu plus haut que les règles étaient identiques dans l'une et l'autre matière pour les condamnations supérieures à 300 francs; qu'une échelle progressive semblable à celle de l'article 35 était établie pour les dettes commerciales. En conséquence, nous avons puisé dans les articles 5, 7 et 17 les motifs de la solution donnée à la question posée dans le paragraphe qui précède. Il en doit être de même ici, puisque l'article 35 ne s'explique pas nettement sur l'exécution de plusieurs condamnations distinctes.

Or la loi du 17 avril 1832 a prévu notre hypothèse, au cas de plusieurs condamnations prononcées pour dettes civiles et commerciales.

L'article 27 dispose que « le débiteur qui aura obtenu son « élargissement de plein droit, après l'expiration des délais « fixés par les articles 5, 7, 13 et 17, ne pourra plus être détenu « ou arrêté pour dettes contractées *antérieurement* à son arres- « tation et *échues* au moment de son élargissement, à moins « que ces dettes n'entraînent, par leur nature et leur quotité, « une contrainte plus longue que celle qu'il aura subie et qui, « dans ce dernier cas, lui sera toujours comptée pour la durée « de la nouvelle incarcération. »

La pensée qui s'est formulée dans le texte qu'on vient de lire est facile à saisir. On n'a pas voulu que le débiteur chargé de plusieurs dettes, souvent minimes, envers des personnes différentes, pût être forcé de passer sa vie dans les prisons. Du moment où l'incarcération pendant dix ans au plus [1] était considérée comme suffisante pour vaincre l'obstination du débiteur, quel que fût le montant de son obligation, s'élevât-elle à plusieurs millions, il n'était pas possible d'admettre que pour des dettes contractées vis-à-vis de personnes distinctes, dont le

[1] Aujourd'hui le maximum est de cinq ans, aux termes de l'article 12 de la loi du 18 décembre 1848.

Digitized by Google

payement serait réclamé successivement, la durée de la contrainte devînt illimitée; ou « que par des recommandations « successives et trop habilement échelonnées, il se vît retenir « au moment où il croyait toucher au seuil de la liberté [1]. »

Si donc le débiteur qui a subi l'emprisonnement pour une de ces dettes a épuisé toute la durée que pouvait entraîner la plus forte de ces condamnations, s'il a été élargi de *plein droit* à l'expiration de ces délais, il ne pourra plus être arrêté ou recommandé pour d'autres dettes *échues* au moment de son élargissement. En vain un créancier attardé viendrait prétendre qu'il a ignoré l'incarcération et n'a pas été mis à même de signifier au débiteur sa volonté d'être payé, et de l'y contraindre par l'emploi des moyens les plus rigoureux; si la créance n'entraîne pas, par sa nature et sa quotité, une contrainte plus longue que celle déjà subie par le débiteur, ce dernier reste à l'abri d'une incarcération nouvelle.

Mais ne l'oublions pas, il faut pour cela que la dette à raison de laquelle il est poursuivi fût *échue* au moment de l'élargissement. Dans le cas contraire, le créancier n'aurait eu ni le droit de réclamer son payement ni les moyens de l'obtenir. Le débiteur, de son côté, rendu à la liberté, a pu se créer d'autres ressources que celles dont il disposait au moment de son élargissement. Une seconde épreuve est donc nécessaire; les voies de coercition contre sa personne pourront avoir cette fois un résultat avantageux.

Telles sont les dispositions formulées directement pour les matières civiles et commerciales, et nous devons les prendre pour guide en matière criminelle, puisque la loi s'est inspirée des mêmes principes sur ces points fondamentaux.

Cette opinion est admise par M. Dalloz, et voici comment il s'exprime : « La contrainte par corps en matière criminelle comme en matière civile et de commerce, étant une épreuve temporaire de solvabilité, la loi devait empêcher que le débiteur ne fût retenu perpétuellement en prison; ce qui aurait pu arriver par le concert de ses créanciers (parties civiles) qui, à chaque élargissement, seraient venus se saisir successivement de sa personne en le faisant écrouer chacun pour une dette particulière. C'est ce danger que la loi de 1832 a prévu par son

[1] M. Troplong, n° 575.

Digitized by Google

article 27 déclaré applicable à toutes les contraintes [1]. »

Si l'article 27 était en effet déclaré par son texte même applicable à toutes les contraintes, la discussion ne pourrait être longue. Il n'en est point ainsi, comme le prouvent avec évidence et ce texte et la rubrique du titre dans lequel il est placé.

On va voir, d'ailleurs, qu'en s'emparant de cette disposition pour résoudre la question qui nous occupe, on s'écarte radicalement de l'esprit véritable de la loi.

Fixons-nous, en effet, sur le caractère de la contrainte par corps !

Est-ce une peine ?

Est-ce simplement une épreuve de la solvabilité du détenu ?

Une peine proprement dite? Non assurément? Au civil, même à l'égard des stellionataires, aussi bien qu'en matière de commerce, qu'en ce qui concerne les comptables publics et les étrangers, cela ne peut faire le moindre doute. On ne saurait y voir qu'un mode d'exécution rigoureux, en même temps qu'un critérium de l'insolvabilité du débiteur.

En matière criminelle, on ne doit pas non plus la confondre avec les peines proprement dites. La loi prend soin de l'en distinguer nettement (art. 37).

Mais il faut bien reconnaître que cette mesure appliquée d'une manière générale et absolue à toutes les condamnations pour crimes, délits et contraventions, est un véritable auxiliaire de la répression. N'a-t-elle pas principalement pour objet d'assurer le payement des amendes, la seule peine que prononcent, à de rares exceptions près, les jugements de simple police et les innombrables condamnations rendues par les tribunaux correctionnels pour les délits spéciaux de forêts, de pêche, de douane, etc.? Seule, la contrainte par corps rend ces condamnations efficaces contre les condamnés qui, véritablement insolvables ou se faisant passer pour tels, seraient parfaitement assurés de l'impunité.

Elle remplace donc la peine dans une certaine mesure; — le condamné qui ne peut s'acquitter en argent doit souffrir la privation de sa liberté pendant un certain espace de temps. Ce ne sera pas un emprisonnement ordinaire auquel s'attache le caractère flétrissant de la peine inscrite au Code pénal, mais ce

[1] *Jurisp. génér.*, v° *Contrainte par corps*, n° 700.

Digitized by Google

sera, du moins, un moyen de coaction rigoureux qui constituera pour lui une sorte de châtiment.

La contrainte par corps était organisée à ce point de vue dans la loi des 28 septembre-6 octobre 1791. L'article 5 du titre 2 porte que « le défaut de payement des amendes et des « dédommagements..... entraînera la contrainte par corps..... « *La détention remplacera l'amende à l'égard des insolvables*, « mais la durée en commutation de peine ne pourra excéder « un mois. »

A la vérité, ces dispositions sont abrogées. Dans le système de cette loi, la contrainte devenait un emprisonnement véritable prononcé par le jugement de condamnation. Ce n'est plus ainsi qu'il faut la considérer maintenant.

Mais en prescrivant son emploi contre tous les condamnés qui n'auraient pas satisfait au jugement, alors même qu'ils auraient prouvé leur insolvabilité, le Code pénal (art. 52, 53, 467, 469), aussi bien que la loi antérieure du 5 octobre 1793, n'a-t-il pas subi l'influence des idées qui dirigaient le législateur de 1790 ?

La nature des choses l'indique, bien qu'au fond la contrainte ait son caractère propre, qu'elle soit distincte des peines proprement dites.

Sans doute on y trouve, comme principe, comme notion générale, une épreuve de la solvabilité du débiteur. C'est en la considérant à ce point de vue que M. Target proposait de lui fixer un terme après lequel, disait-il, l'insolvabilité étant constante et bien prouvée, la liberté provisoire sera rendue [1]. Mais si ce législateur l'eût considérée au point de vue répressif, n'en eût-il pas également limité la durée?

C'est du moins le système adopté par la loi de 1832 au criminel comme au civil. Quelle que soit la mauvaise foi du débiteur, l'emprisonnement a son terme.

S'il a des ressources, la contrainte a pour but de vaincre sa résistance et aussi de l'en punir.

Si l'insolvabilité est prouvée dans la forme indiquée par l'article 35 et par l'épreuve temporaire de la contrainte, la loi prend ce sacrifice de la liberté pour une compensation de la peine.

[1] Locré, t. XXIX, p. 27.

Digitized by Google

Je sais qu'on a contesté ce dernier point. Il existe même un avis du conseil d'État du 15 novembre 1832 où il est dit : « qu'après l'exercice de la contrainte, le condamné ne se trouve « point libéré des condamnations, d'où il résulte qu'elles n'ont « point été remplacées par l'emprisonnement, ce qui démontre « que la loi du 17 avril 1832 ne considère l'emprisonnement « que comme un moyen de contrainte. »

Mais que penser de cette argumentation en présence de l'article 36 de la même loi, où nous lisons que la contrainte pourra être reprise..., mais une seule fois, et pour les *restitutions, dommages-intérêts et frais seulement ?* Ainsi l'amende est purgée par l'exercice d'une première contrainte. M. Portalis le dit en propres termes dans son rapport présenté à la chambre des pairs le 22 décembre 1831 sur le projet qui s'est converti en loi le 17 avril 1832 : « Le condamné aura payé l'amende de sa « personne, on ne pourra plus la lui demander sur ses biens. »

Mais, objecte encore le Conseil d'État dans l'avis que nous venons de citer, si la contrainte ne peut être reprise et si elle est proportionnée à l'importance de la dette, on ne saurait en tirer aucune conséquence, les mêmes règles étant établies pour les dettes purement civiles et privées.

Ceci n'est pas tout à fait exact, car pour les dettes civiles, la contrainte ne peut être reprise quand le condamné l'a subie pendant les délais légaux (art. 27 et 31). La loi s'est donc montrée plus sévère au criminel pour les restitutions, dommages-intérêts et frais.

Que conclure de tout ceci par rapport à la question qui nous occupe? Que la contrainte soit une peine? — Nullement! Nous répétons qu'elle en est parfaitement distincte.

Tout ce que nous voulons établir, c'est qu'elle sert d'auxiliaire à la répression, dans un intérêt d'ordre public, et que dès lors les dispositions qui la régissent en matière civile ne doivent pas être appliquées sans distinction au criminel. Ici, loin qu'il existe entre les deux matières des analogies puissantes qui nous fournissent des raisons de décider comme pour la question posée dans le premier paragraphe, la nature des choses résiste à l'application qu'on voudrait faire de l'article 27.

Au civil, l'exercice de la contrainte ne garantit que des intérêts privés; elle porte exclusivement le caractère d'une épreuve, d'une voie d'exécution.

Digitized by Google

Au criminel, elle touche à l'ordre social, puisqu'elle garantit l'efficacité des peines et les droits du trésor public.

En conséquence, chaque condamnation prononcée doit jouir de cette garantie dans toute sa plénitude, et n'avoir d'autres limites que celles de la condamnation elle-même.

Voici encore d'autres points de dissemblance.— Le débiteur, commerçant ou non, peut avoir contracté de bonne foi et dans un long espace de temps des dettes diverses et nombreuses : Ses affaires ont pu devenir mauvaises par suite d'accidents dont il n'est pas responsable ; dès lors l'humanité prescrit d'apporter une certaine modération dans l'exercice de la contrainte ; elle s'oppose à ce que la multitude de ses dettes et l'âpreté de ses créanciers le retiennent indéfiniment dans les prisons.

Rien de pareil au criminel.

Toute condamnation est le fruit d'un délit, et le coupable mérite d'autant moins de pitié qu'il en a subi un plus grand nombre.

Dans l'exécution, les jugements ne peuvent s'accumuler comme les dettes commerciales. En général, le payement des amendes et des frais est reclamé dans un bref délai, les instructions de l'administration des finances prescrivent aux receveurs de le faire aussitôt après la réception de l'extrait du jugement qui leur est transmis par les soins du greffier. Il est rare, par conséquent, que le condamné ait pu en subir un second avant d'avoir satisfait au premier. Enfin, le procureur impérial et le receveur de l'enregistrement, chargés en commun de l'exercice de la contrainte, ne sont dirigés ni l'un ni l'autre par l'intérêt personnel, et l'on n'a point à craindre de leur part les excès auxquels un créancier peut se laisser conduire sous l'influence de la cupidité. On n'a pas à tenir compte, d'ailleurs, de quelques condamnations que prononcent les tribunaux de répression au profit des parties civiles. C'est une minorité sans importance.

La disposition formulée dans l'article 27 ne devait donc pas s'étendre aux condamnations criminelles, et c'est avec toute raison qu'elle n'a pas été placée dans le titre V de la loi de 1832, mais dans le titre IV, avec les autres dispositions communes aux trois titres précédents.

Mais il nous faut prévoir une objection.

Vous assimilez, nous dira-t-on peut-être, la contrainte par

Digitized by Google

corps à une peine, et vous voulez qu'elle soit exercée successivement pour chaque condamnation qui interviendra contre le même individu. C'est être plus sévère que la loi répressive qui interdit le cumul des peines proprement dites. L'article 365 du Code d'instruction criminelle pose ce principe fondamental, dont la jurisprudence a tiré soigneusement toutes les conséquences. Au moins faudrait-il en faire application à la contrainte par corps quand plusieurs délits entraînent des condamnations successives, et ne la faire subir au débiteur que pendant le temps requis par l'échelle progressive de l'article 35 pour la plus forte de ces condamnations. C'est revenir par une autre voie à l'article 27 de la loi de 1832, qui reproduit pour des motifs analogues le principe de l'article 365 du Code d'instruction criminelle.

Cette objection, sérieuse en apparence, ne résiste pas à un examen de quelques instants.

En effet, nous n'assimilons pas la contrainte par corps à une peine; nous déclarons qu'elle constitue une garantie de l'exécution des condamnations qui n'aggrave et ne modifie en rien cette peine elle-même. Si deux condamnations successives sont prononcées, ou bien elles doivent se confondre en vertu de l'article 365 du Code d'instruction criminelle, ou bien elles doivent s'exécuter séparément. Dans le premier cas, la contrainte ne s'exerce que pour une seule amende; — dans le second, il est tout naturel qu'elle s'applique d'une manière distincte à deux peines qui sont elles-mêmes distinctes. C'est toujours l'application du même principe : garantie complète d'exécution assurée à chaque jugement.

Quant à la contrainte s'exerçant pour avoir payement des dommages-intérêts et frais, l'objection est sans valeur; il n'est plus question alors de l'exécution des peines, l'article 365 du Code d'instruction criminelle est certainement inapplicable. Il est incontestable, par exemple, que tous les frais d'une procédure dirigée contre un individu coupable de plusieurs délits doivent être réunis dans la même condamnation et que leur somme totale déterminera la durée de la contrainte, bien que la plus forte des diverses peines prononcées à raison de ces délits soit seule applicable. C'est qu'après tout, ces frais sont également légitimes, qu'ils ont été faits pour la constatation de tous ces délits, et qu'ainsi le coupable en doit à l'État la restitution intégrale.

Digitized by Google

Il en est de même en cas de plusieurs condamnations distinctes. Chaque dette doit jouir de la garantie exceptionnelle qui lui est attachée en cette matière. Si la loi est ici plus sévère, si elle n'adoucit pas ses rigueurs comme elle l'a fait en matière civile, c'est en haine du délit dont les condamnations sont le fruit.

Voilà pourquoi l'on ne se contente pas ici d'une simple épreuve pendant un délai proportionné à la plus forte des diverses dettes. Voilà pourquoi l'article 35 ne fait aucune distinction semblable à celle de l'article 27.

En démontrant ainsi que la troisième des solutions ci-dessus proposées n'était pas acceptable, nous avons fait justice du système intermédiaire qui consisterait à additionner les diverses condamnations proposées au moment de l'exécution pour déterminer la durée de la contrainte. Ce terme moyen ne trouve sa raison d'être ni dans une interprétation logique ni dans le texte de la loi.

De deux choses l'une, en effet :

Ou la contrainte n'est, comme dans les matières civiles, qu'une épreuve de la solvabilité et, pour être conséquent, on doit appliquer purement et simplement la disposition de l'article 27.

Ou bien on lui reconnaît avec nous le caractère d'une mesure auxiliaire de la répression devant s'exercer comme s'exécutent les peines, d'une manière distincte, pleine et entière.

Quant au texte de l'article 35, il ne fournit pas le moindre argument à l'appui de cette thèse. Cet article ne s'occupe en aucune façon de plusieurs condamnations contre le même individu, mais bien d'un jugement unique; il ne parle que de *l'amende* et non pas *des amendes*, c'est-à-dire de toutes les amendes que le contraignable aurait à payer simultanément. S'il parle ensuite des autres *condamnations* pécuniaires, cette expression collective comprend simplement les restitutions, dommages-intérêts et frais qui marchent toujours de concert dans les textes relatifs à cette matière, comme on le voit dans les articles 52 et 55 du Code pénal, 33 et 36 de la loi du 17 avril 1832.

Dans tout ce qui vient d'être dit, nous avons supposé que les différentes condamnations étaient déjà prononcées à l'époque où s'exerçait la contrainte, du moins avant l'élargissement

Digitized by Google

qu'aurait amené l'expiration des délais légaux à raison de la première dette.

Si la nouvelle poursuite n'intervenait, au contraire, qu'après l'élargissement du condamné, notre solution serait encore la même et à bien plus forte raison. Dans cette hypothèse, en effet, les choses sont entières; la première incarcération ne peut, à aucun titre, influer sur la seconde. L'épreuve que le débiteur a subie ne s'appliquait qu'aux ressources qu'il possédait alors, mais depuis son élargissement, il peut avoir acquis de nouveaux moyens de solvabilité.

A cet égard, la loi civile est complétement d'accord avec la loi criminelle, et l'article 27 nous fournit une raison de décider qui reste évidemment sans réplique. L'exception contenue dans cet article ne s'applique, on le sait, qu'aux dettes *échues* au moment de l'élargissement du débiteur. Quant à celles qu'il aurait contractées depuis ou qui, créées antérieurement, ne seraient venues à échéance qu'après cette époque, comme il est possible que sa situation pécuniaire ait changé, le passé demeure sans influence, et le crédit du condamné doit être mis à l'épreuve une seconde fois.

Telle est la solution du double problème que nous nous étions posé.

Première question : De quels éléments se compose la somme des condamnations que l'article 35 prend pour base proportionnelle des délais de la contrainte?

Nous avons répondu que ces éléments devaient être déterminés d'une manière fixe, en vertu du jugement; que, par conséquent, on ne devait pas y comprendre les frais éventuels et indéterminés de signification, de commandement et de capture.

Deuxième question : Quand plusieurs condamnations sont prononcées contre le même individu, chacune d'elles donne-t-elle lieu à l'exercice de la contrainte d'une manière distincte et pendant toute la durée qu'entraînerait chaque jugement s'il était isolé? — Le condamné doit-il être élargi, au contraire, après l'expiration du délai le plus long qu'entraînerait l'une des deux dettes, celle dont la quotité est la plus élevée?

Nous nous sommes efforcé d'établir que la contrainte doit s'exercer dans toute sa plénitude pour chaque jugement, toute condamnation criminelle devant obtenir la garantie qui lui est donnée par la loi.

Digitized by Google

Puisse cet examen, tout imparfait qu'il soit, jeter quelque lumière sur ces points obscurs d'une loi qui trouve chaque jour ses applications, et faciliter à ceux qui disposent et du droit de l'interpréter et de la puissance publique pour l'exécuter, l'accomplissement de leur tâche ! A. SOURDAT.

EXAMEN CRITIQUE

DES ARTICLES 22 ET SUIVANTS DE LA LOI DE FINANCES DU 11 JUIN 1859, RELATIFS A L'ENREGISTREMENT DES MARCHÉS COMMERCIAUX.

Par M. Cuënot, ancien avocat à la Cour de cassation.

Dans la loi de finances du 11 juin 1859, le législateur a introduit, en matière d'enregistrement, une innovation vivement désirée. Les marchés commerciaux sous signatures privées, qui étaient tarifés au droit proportionnel de 1 fr. ou de 2 fr. p. 100, selon les cas, ne seront passibles, d'après la loi nouvelle, que du droit fixe de 2 fr.; le droit proportionnel ne sera perçu qu'autant qu'une condamnation interviendra sur le contrat. En se plaçant exclusivement au point de vue de l'intérêt de ceux des contribuables qui sont appelés à profiter de cette faveur, on ne peut qu'applaudir à la mesure que le législateur vient d'adopter. Aussi le journal le *Droit* (numéro du 23 juill. 1859), dans un article de M. Lantoine, greffier en chef du tribunal de commerce de la Seine, a approuvé sans réserve la loi nouvelle.

Nous nous proposons, dans cet article, d'apprécier le mérite de la loi du 11 juin 1859, en nous plaçant au point de vue de l'intérêt public, et d'examiner si elle n'a pas méconnu cette règle de justice qui veut que les impôts soient également répartis entre les contribuables.

Après avoir signalé les inconvénients du système de la loi du 22 frim. an VII, nous expliquerons de quelle manière on y a remédié; passant ensuite à la discussion critique de la loi nouvelle, nous rechercherons si c'est avec raison que le législateur a réservé aux marchés commerciaux sous seing privé le bénéfice de l'enregistrement provisoire moyennant un simple droit

Digitized by Google

fixe, excluant ainsi de cette faveur les obligations et les quittances, les marchés civils et les marchés commerciaux notariés; nous discuterons enfin le principe même de la loi nouvelle.

I. — Législation antérieure.

La loi du 22 frimaire an VII tarife au droit de 1 fr. pour 100 les adjudications au rabais et marchés pour constructions, réparations et entretien, et tous autres objets mobiliers susceptibles d'estimation, faits entre particuliers, qui ne contiendront ni vente, ni promesse de livrer des marchandises, denrées ou autres objets mobiliers (art. 69, § 3, nº 1).

La même loi frappe d'un droit de 2 fr. pour 100 les adjudications, ventes, reventes, cessions, rétrocessions, marchés, traités et tous autres actes, soit civils, soit judiciaires, translatifs de propriété à titre onéreux, de meubles et objets mobiliers généralement quelconques (art. 69, § 5, nº 1).

Ce droit de 1 fr. ou de 2 fr. pour 100 atteint indistinctement les marchés commerciaux et les marchés civils.

L'impôt est exigible dans un très-bref délai (dix ou quinze jours), si le contrat est rédigé par un notaire; tandis que l'enregistrement des marchés sous seing privé n'est pas obligatoire dans un délai déterminé; seulement, il n'en peut être fait usage soit dans un acte public, soit en justice, qu'ils n'aient été préalablement enregistrés (L. 22 frim. an VII, art. 20 et 23).

Si l'existence d'un marché qui n'a pas été rédigé par écrit est révélée par une décision judiciaire rendue entre les parties contractantes, le droit proportionnel de 1 fr. ou de 2 fr. pour 100 devient exigible; mais alors l'impôt ne porte pas sur la totalité des valeurs du traité, encore que le contrat soit sans doute relaté en entier dans la décision qui, par cela même, servira de titre complet aux contractants; le droit n'est liquidé que sur la partie de la convention qui fait l'objet de la condamnation.

Ainsi, en désignant comme verbales des conventions qui ont été constatées par écrit, les parties ont cet avantage de restreindre l'assiette de l'impôt à la partie de la convention sur laquelle il y a litige et condamnation, de plus, le demandeur n'est pas obligé de faire l'avance des droits que le défendeur est tenu de supporter en définitive.

On conçoit que, dans ce système, et aussi par suite de l'élé-

Digitized by Google

vation des tarifs, la fraude ait dû devenir d'un usage presque général.

Pour la prévenir et la réprimer, le législateur a, par l'article 57 de la loi du 28 avril 1816, frappé d'un double droit les conventions dont le titre n'aurait pas été indiqué dans une sommation ou une demande ou qui auraient été énoncées comme verbales, et qui auraient été produites au cours de l'instance. Mais, il faut le reconnaître, les parties avaient un trop grand intérêt à la fraude pour ne pas la commettre; aussi ne se soumettaient-elles qu'exceptionnellement au payement d'un impôt aussi élevé.

Elles ne produisaient pas leurs titres et, pour nous servir des expressions employées par le tribunal de commerce de la Seine, dans une note à l'appui du projet de loi, les tribunaux hésitaient à ordonner la production d'un acte qui rendrait leur tâche plus facile, mais qui ruinerait le plaideur.

L'élévation des tarifs de la loi de frimaire ne contribuait pas seulement à donner à la fraude un trop puissant encouragement; on lui reprochait encore, et non sans raison, d'être hors de toute proportion avec les bénéfices qu'on pouvait espérer du contrat. Il n'est pas douteux en effet que, dans un très-grand nombre d'opérations, le bénéfice net, déduction faite des frais spéciaux et généraux, de l'intérêt des capitaux engagés, des chances d'insolvabilité, ne soit pas de beaucoup supérieur à 2 pour 100; l'impôt absorbait donc le plus clair des produits d'une entreprise. Les parties, il est vrai, ne soumettaient leurs actes à l'enregistrement qu'autant qu'elles étaient obligées de réclamer l'intervention de la justice; mais alors le malheureux plaideur que la mauvaise foi d'un adversaire forçait à recourir aux tribunaux, avait à supporter tout le poids de l'impôt.

Les conséquences de l'élévation des tarifs étaient bien plus fâcheuses encore lorsque le débat, au lieu de porter sur l'ensemble du marché, était limité à une partie seulement du contrat. L'administration elle-même, est-il dit dans l'exposé des motifs de la loi nouvelle, « a pu constater souvent que les droits à percevoir s'élevaient bien au-dessus des sommes ou valeurs faisant l'objet du litige et que, dans un grand nombre de cas, les parties se trouvaient placées dans cette alternative, ou de dissimuler leurs titres, ou de renoncer à les faire valoir devant la justice. »

Digitized by Google

Cette législation devait donner lieu à de nombreuses réclamations; le tribunal de commerce de la Seine, entre autres, en avait, depuis 1852, demandé l'abrogation.

II. — Système de la loi nouvelle.

Pour obvier aux inconvénients que nous avons signalés, le législateur a cru devoir substituer l'enregistrement provisoire au droit fixe de 2 fr. au droit proportionnel de 1 fr. ou de 2 fr. pour 100. Cette substitution est faite au profit exclusif des marchés et traités réputés actes de commerce par les articles 632, 633 et 634, n° 1, du Code de commerce, faits et passés sous signature privée. Quant aux droits proportionnels, ils ne seront exigés que « lorsqu'un jugement portant condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, interviendra sur ces marchés ou traités, ou qu'un acte public sera fait ou rédigé en conséquence »; de plus, la perception de ce droit ne se fera pas sur la totalité des marchés; l'impôt ne sera perçu que sur la partie du prix ou les sommes faisant l'objet de la condamnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, soit des dispositions de l'acte public.

« Ainsi, porte l'exposé des motifs, lorsqu'il n'y aura pas de jugement rendu ni d'acte passé en vertu de l'acte sous signature privée, les droits proportionnels ne seront pas perçus. L'enregistrement moyennant un droit fixe de 2 fr. sera définitif. Dans le cas contraire, la perception des droits proportionnels aura lieu, non plus sur toutes les clauses du marché, mais seulement sur les dispositions du jugement ou de l'acte public. »

La loi nouvelle étend donc au cas où un acte écrit est produit devant la justice, la règle que la loi et la jurisprudence avaient établie pour le cas moins favorable où les parties n'invoquaient que des conventions verbales (*Exposé des motifs*).

III. — Des actes que le législateur a exclus de l'enregistrement provisoire au droit fixe.

La loi étant exclusivement applicable aux marchés synallagmatiques sous seing privé tarifés par l'article 69, §3, n° 1, et § 5, n° 1, de la loi de frimaire, ne s'étend ni aux actes commerciaux portant obligation ou quittance, ni aux actes civils, ni aux marchés commerciaux notariés.

1° *Obligations et quittances.* En ce qui concerne l'exclusion

Digitized by Google

des actes commerciaux d'obligation, on pourrait se demander d'abord si le commerçant qui, pour mener à bien une opération, a besoin de recourir au crédit, n'a pas au moins autant de droits à la faveur du législateur que celui qui commence une entreprise. Ne serait-il pas peut-être d'une bonne politique, ne serait-il pas plus moral de favoriser l'exécution des contrats et le commerçant malheureux?

Quant aux quittances, la loi de l'an VII, sans doute pour aider aux libérations, les avait tarifées à un droit de moitié moins élevé que celui auquel les actes d'obligation donnaient lieu et des trois quarts inférieurs au droit des actes translatifs de meubles, 50 cent. p. 100 au lieu de 1 fr. et 2 fr. p. 100. La loi nouvelle établit cette anomalie qu'elles seront toujours soumises à un droit proportionnel de 50 cent. p. 100, tandis que les actes générateurs de l'obligation ne donneront lieu au droit proportionnel qu'en cas de contestation judiciaire et de condamnation.

Nous remarquerons fréquemment dans le cours de ces observations que le législateur ne s'est peut-être pas assez préoccupé, dans la loi du 11 juin, des exigences de la logique; il semble n'avoir eu d'autre but que de favoriser les actes qui donnent lieu aux contestations les plus importantes, les marchés passés pour les grandes entreprises. Il a sans doute pensé aussi que les finances de l'État seraient compromises, s'il étendait à un trop grand nombre d'actes le bénéfice de la loi nouvelle.

2° *Actes civils.* La disposition qui exclut de l'enregistrement provisoire au droit fixe les actes civils, ceux surtout qui concernent l'agriculture, paraît devoir donner lieu à quelques objections. Que le commerce et l'industrie soient favorisés aux dépens de l'agriculture, lorsque cette dernière a absorbé les intelligences et les capitaux, cela ne surprendrait personne; mais aujourd'hui où c'est plutôt l'agriculture qui languit, on comprend difficilement pourquoi elle n'est pas admise à profiter d'exemptions accordées au commerce. Pourquoi le marché qu'un propriétaire fera avec son fermier pour le drainage ou toute autre amélioration de ses terres devra-t-il être enregistré au droit proportionnel avant d'être produit en justice, tandis qu'il en sera autrement du marché pour constructions ou réparations de machines? Pourquoi l'acte par lequel un producteur s'obligera à fournir des denrées à un propriétaire sera-t-il

Digitized by Google

frappé du droit proportionnel, tandis que le droit fixe provisoire sera seul dû si les parties sont convenues de la fourniture d'objets destinés à être revendus?

Tous les motifs qui ont été donnés pour justifier la modification que le législateur vient d'apporter à la loi de frimaire s'appliquent également à l'enregistrement des actes civils comme à l'enregistrement des actes commerciaux. Le tarif de la loi de frimaire n'est-il pas aussi onéreux pour les uns que pour les autres? Les justiciables des tribunaux civils seraient-ils moins portés à frauder les droits du trésor que ne le sont les justiciables des tribunaux de commerce, et les tribunaux civils ne doivent-ils pas souvent, comme les juges consulaires, hésiter à ordonner la production d'un titre qui rendrait leur tâche plus facile, mais qui ferait peser un droit trop élevé sur les plaideurs?

Encore une fois, le législateur paraît ne s'être placé qu'au point de vue des actes les plus nombreux et les plus importants, ce qui explique, mais ne justifie pas la loi nouvelle.

La restriction que nous venons de signaler donnera lieu, dans la pratique, à de nombreuses difficultés. Il sera très-difficile de reconnaître le caractère commercial ou civil d'un acte à la simple lecture; car le plus souvent, et notamment dans les grandes villes, le receveur, surchargé d'occupations, ne peut que lire sommairement les actes qui lui sont présentés. Il existe aussi un très-grand nombre de contrats sur le caractère desquels la jurisprudence n'est pas fixée et ne sera pas fixée avant longtemps. Disons-le ici en passant, les fonctions de receveur devront, plus que jamais, être confiées à des mains habiles, et c'est bien à tort que l'inspection générale des finances tend à assimiler l'administration de l'enregistrement aux autres administrations financières; celles-ci n'ont souvent besoin que de commis; il n'y a que des jurisconsultes qui puissent appliquer la loi de l'enregistrement. Bien plus, beaucoup d'actes ne sont réputés commerciaux par les articles 632, 633 et 634, n° 1, du Code de commerce qu'à raison de la destination des choses qui en font l'objet ou de la qualité des contractants. Ainsi, l'article 632 répute actes de commerce, tout achat de denrées et marchandises *pour les revendre*, soit en nature, soit après les avoir travaillées et mises en œuvre, ou même pour en louer simplement l'usage; comment le receveur, au bureau duquel un pareil acte sera présenté, pourra-t-il connaître si l'acheteur de denrées,

Digitized by Google

par exemple, a l'intention de les revendre, si les matériaux de constructions font l'objet d'une spéculation ou s'ils doivent être employés par l'acheteur à un bâtiment? La profession des parties, que d'ailleurs le receveur ne peut ni connaître ni vérifier, sera un guide trompeur. M. Lantoine, dans l'article que nous avons déjà cité, émet le vœu « que l'administration supérieure élabore sans retard une instruction qui, passant en revue les actes, fixe les règles à suivre par ses nombreux agents et permette à la loi de recevoir sur tout le territoire de l'empire une application uniforme et facile. » Mais pour les actes prévus par le n° 1 de l'article 632, la difficulté sera insoluble et donnera lieu à des contestations de tous les jours. Suffira-t-il qu'un acheteur prenne la qualité de commerçant pour que les objets qu'il aura achetés soient réputés destinés à être revendus? Suffira-t-il d'indiquer dans l'acte ou par une déclaration postérieure que l'acheteur a voulu spéculer? L'administration devra-t-elle faire faire des recherches pour s'assurer et de la qualité des parties et du but qu'elles se proposent? Quelques règles que l'administration adresse à ses préposés, si toutefois elle veut aborder le détail de pareilles difficultés, elle ne pourra rien préciser et laissera la perception à l'arbitraire du receveur; pour mettre sa responsabilité à couvert, et parce que l'exception n'étant pas démontrée, la règle doit recevoir son application, le receveur percevra le droit proportionnel dans tous les cas douteux, toutes les fois que les énonciations de l'acte, l'importance du marché, par exemple, ne révéleront pas clairement le but mercantile de l'une des parties. Ces exigences, qui souvent naîtront à l'occasion d'un acte réellement commercial, irriteront les contribuables; la clarté, la facilité d'application, si nécessaires à toutes les lois, le sont encore bien davantage quand il s'agit des lois d'impôt. Si elles sont ambiguës, ce n'est plus par un particulier, mais par l'État lui-même que le contribuable est froissé dans celles de ses prétentions qui seraient le mieux fondées; c'est contre l'État qu'il conçoit la plus vive et la plus dangereuse irritation.

Dans les remontrances, si souvent citées, qui ont été faites au roi en 1775, au nom de la Cour des aides, Malesherbes reprochait à l'ancienne législation de l'impôt son obscurité, qu'il regardait comme un défaut des plus graves : « Votre Majesté saura, disait-il, que les prétendues lois sur cette matière sont

Digitized by Google

si obscures et si incomplètes, que celui qui paye ne peut jamais savoir ce qu'il doit; que, souvent, le préposé ne le sait pas mieux, et qu'on se permet des interprétations plus ou moins rigoureuses, suivant que le préposé est plus ou moins avide. » Nous craignons bien que, dans une certaine mesure, la loi de 1859 ne mérite un semblable reproche.

3° *Actes notariés.* Le législateur a-t-il été mieux inspiré lorsqu'il a exclu les actes notariés du bénéfice de la loi nouvelle? Nous ne le pensons pas; il nous semble qu'il s'est trompé en favorisant les marchés sous seings privés au détriment des marchés devant notaires. Nous ne surprendrons personne en disant que c'est l'inverse qu'une bonne législation aurait dû faire; et cette proposition n'a même pas besoin d'être justifiée. Il n'y a pas d'homme quelque peu versé dans la pratique du droit qui ne sache que l'intermédiaire des officiers publics dans la rédaction des actes prévient les difficultés par une plus grande clarté de rédaction, évite en conséquence les contestations judiciaires, est une garantie contre le dol, la fraude et la simulation. Le législateur s'est peut-être encore exclusivement préoccupé ici des marchés passés pour les grandes entreprises, par les grandes compagnies, où l'intervention de conseils éclairés peut suppléer jusqu'à un certain point au ministère d'un officier public; mais la loi nouvelle ne sera pas restreinte à ces actes importants; elle s'appliquera tous les jours à des actes d'un intérêt minime, et elle produira le fâcheux effet que nous signalons : elle éloignera les parties des études des notaires.

Il est vrai que le législateur, tout en manifestant l'intention de restreindre le bénéfice de la loi aux actes sous seing privé, a donné aux parties le moyen d'accorder à ces actes tous les avantages des actes notariés. Nous avons vu que dans le cas où un jugement condamne à payer une partie des sommes promises par le marché enregistré au droit fixe, c'est seulement sur cette partie que le droit proportionnel est perçu et non pas sur l'intégralité de la valeur qui fait l'objet du traité, encore que cependant le jugement renferme sans doute le texte entier du contrat. La loi nouvelle a appliqué la même règle aux actes notariés et rédigés en conséquence d'un marché sous seing privé enregistré au droit fixe; c'est alors, pour nous servir des termes de la loi, seulement sur la partie du prix ou des sommes faisant l'objet de la reconnaissance ou des dispositions de l'acte

Digitized by Google

public que le droit proportionnel devra être acquitté; d'où la conséquence que la quittance notariée de la plus minime partie du prix d'un marché enregistré au droit fixe ne sera passible du droit proportionnel de marché que sur la somme dont le payement est constaté par la quittance, encore qu'elle ne puisse être rédigée sans que le notaire rappelle les dispositions du contrat, et sans que les parties aient ainsi un nouveau titre complet, rendant inutile l'ancien titre privé (art. 1320 Code Napoléon). On conçoit que les contractants pourront aisément rédiger leurs actes sous seing privé d'après le conseil d'un officier public, les faire enregistrer au droit fixe, puis au moyen d'un payement insignifiant, souvent simulé, constaté par acte notarié, assurer à leurs conventions tous les avantages de l'authenticité. Nous ne serions même pas éloigné de croire, d'après ce qui précède, qu'un notaire pourrait, sans que le droit proportionnel fût exigible, recevoir en dépôt un marché sous seing privé enregistré au droit fixe.

Que penser d'une restriction qu'il est si facile aux parties de rendre inefficace?

On peut objecter, il est vrai, en réponse à nos observations, que la loi nouvelle n'a pas apporté, vis-à-vis des notaires, un changement sérieux à l'état de choses précédent puisque, sous l'empire de la législation antérieure, les marchés commerciaux n'étaient presque jamais rédigés par actes authentiques; mais la loi de frimaire avait cet avantage sur la loi nouvelle, que l'acte sous seing privé non enregistré se trouvait dans une position de beaucoup inférieure à celle qu'obtenait l'acte enregistré et surtout l'acte authentique. L'acte sous seing privé n'était pas et ne pouvait pas être, par la nature des choses, soumis à l'enregistrement dans un délai déterminé; mais, en général, il n'obtenait date certaine que par l'enregistrement; tandis qu'aujourd'hui, il acquiert la certitude de date sans payer l'impôt proportionnel auquel l'acte authentique reste assujetti. La législation antérieure n'avait conféré à l'acte sous seing privé aucun privilége; elle ne lui avait accordé que ce qu'il était impossible de lui refuser.

Maintenant, au contraire, l'acte sous signatures privées jouit d'une immunité que n'a pas l'acte notarié, immunité que l'on est parfaitement en droit de réclamer du législateur pour ce dernier acte.

Digitized by Google

IV. — Examen critique du principe de la loi nouvelle.

Suffirait-il, pour mettre la loi nouvelle à l'abri de toute critique, de l'appliquer, si cela était possible sans porter un trop grave préjudice au Trésor, à tous les marchés, sans distinguer entre les actes commerciaux et les actes civils, les actes sous seing privé et les actes notariés?

Nous ne le pensons pas : la loi, à nos yeux, a un vice plus radical encore que ceux que nous avons signalés ; elle porte une grave atteinte à l'économie rationnelle de la loi de frimaire.

Évidemment, le législateur n'a pas voulu ce résultat; dans tous les documents concernant la rédaction de la loi nouvelle, on s'est empressé de dire qu'elle n'apportait aucun changement sérieux à la loi de frimaire dont chacun reconnaît la supériorité incomparable; ne peut-on pas dire, en effet, que la loi nouvelle s'est bornée à reporter après la condamnation et à restreindre dans de justes limites la perception du droit proportionnel qui, antérieurement, devait être faite avant l'instance, mais que la fraude devenue habituelle, fraude contre laquelle tous les efforts du législateur étaient venus se briser, ajournait déjà après la condamnation?

Le but du législateur, nous le reconnaissons, est éminemment moral. La loi positive ne doit prohiber que lorsqu'elle peut punir; quand elle est impuissante, il vaut mieux qu'elle garde le silence. Or, sous l'empire de la loi de l'an VII, la fraude pouvait fréquemment triompher de la loi; maintenant, au contraire, le mensonge est devenu inutile; les parties n'ont plus intérêt à présenter comme résultant de conventions verbales des marchés constatés par des actes sous seing privé; nous n'aurons plus la douleur de voir la fraude plus forte que la loi et les tribunaux, en haine de droits exorbitants, se faire souvent les complices de la simulation.

Mais est-il d'une bonne législation de supprimer, pour ainsi dire, l'impôt, afin d'empêcher la fraude? Ne pouvait-on pas arriver au même résultat au moyen d'une réduction considérable dans les tarifs et par conséquent sans ébranler, comme on l'a fait, les bases de la loi fondamentale de l'enregistrement?

L'impôt de l'enregistrement est, en général, le prix de la protection que la société accorde à la fortune privée dans les transmissions dont elle est l'objet; le droit de titre, celui qui

Digitized by Google

se perçoit lors de l'enregistrement d'un acte, est plus spécialement l'équivalent de l'avantage que la société procure aux contractants en donnant date certaine à leurs conventions; si les parties sont obligées de recourir à l'intervention de la société pour contraindre à l'exécution de la transmission ou de l'obligation, un nouveau droit proportionnel est exigible, le droit de 50 cent. p. 100, sur le montant des condamnations, collocations ou liquidations prononcées par le juge. Ce droit est, à vrai dire, l'indemnité que la société exige pour les frais de justice auxquels les contestations judiciaires donnent lieu.

Mais dans le système de la loi nouvelle, le droit fixe de 2 francs, qui est perçu lors de l'enregistrement d'un marché commercial sous seing privé, est aujourd'hui l'équivalent du service que l'enregistrement procure à l'acte en lui donnant date certaine; comme le droit de condamnation de 50 cent. p. 100 est l'indemnité due à la société en échange de l'intervention de la justice, le droit de marché de 1 franc ou de 2 francs p. 100 à percevoir lors de la condamnation, si le contrat y donne lieu, n'a plus aucune raison d'être; il ne se justifie par aucune considération.

Pourquoi donc l'intervention de la justice donnerait-elle lieu à la perception cumulative de deux droits? De même, pourquoi la quittance notariée que l'une des parties au marché commercial sous seing privé délivrera à l'autre, sera-t-elle la cause d'une double perception, de la perception du droit de marché et de la perception de 50 cent. p. 100 pour libération? L'intervention de l'officier public, si elle procure à la quittance l'avantage d'une date certaine et de la conservation de l'acte dans un dépôt public, n'est pour ainsi dire d'aucune utilité pour le marché qui a déjà date certaine par l'enregistrement au droit fixe, et qui n'obtiendra pas, par sa corrélation avec l'acte notarié, l'avantage d'être conservé parmi les minutes. Il est donc impossible de trouver la justification de la perception de ces deux droits.

Sous un autre rapport, la loi nouvelle est en opposition avec les principes de la loi de frimaire. Dans cette dernière loi, le législateur a établi le droit fixe pour les actes qui ne constatent pas la mise en mouvement de valeurs; le droit proportionnel est dû, au contraire, lorsque l'acte contient obligation, libération ou transmission. Retarder, ainsi qu'on vient de le faire, la perception du droit proportionnel jusqu'à ce qu'une condam-

Digitized by Google

nation intervienne, s'il en intervient une, c'est renverser la théorie de la loi ; c'est donner à l'acte privé, moyennant le payement d'un simple droit fixe, le droit de cité parmi les actes revêtus de l'attache de l'autorité publique, et en même temps l'exempter de l'impôt proportionnel, qui est le prix de cet avantage. Encore une fois, d'après la loi de l'an VII, c'est l'existence d'un acte, c'est sa présentation à la formalité, et non la contestation judiciaire à laquelle son exécution pourra donner lieu, qui rend l'impôt exigible.

Si la base de la loi nouvelle était bonne, s'il était juste de ne percevoir l'impôt de l'enregistrement qu'autant que les parties réclameraient et obtiendraient la sanction de la justice, pourquoi ne pas généraliser le principe, pourquoi ne pas l'appliquer à tous les actes? L'impôt de l'enregistrement serait, il est vrai, diminué dans une proportion considérable, et le désordre serait dans les finances de l'État; mais un impôt est condamné à disparaître tôt ou tard, du moment qu'il repose sur un faux principe.

Cependant, nous en sommes convaincu, ce n'est pas la base de la loi de frimaire qui est mauvaise; c'est celle de la loi nouvelle, qui a le tort d'être en désaccord complet avec la loi fondamentale de l'enregistremement.

Ainsi que nous l'avons indiqué, il nous paraît qu'une réduction considérable dans les tarifs aurait obvié à la plupart des inconvénients qu'on a signalés. On tenterait sans doute encore de se soustraire à l'impôt, ne fût-il que de 20 ou même de 10 cent. pour 100 francs. Il est rare que l'on ne cherche pas assez fréquemment à éluder un droit, quelque minime qu'il soit; et il n'est pas douteux que le système de la loi nouvelle, qui détruit l'impôt pour empêcher la fraude, est d'un effet plus efficace qu'un abaissement de tarifs. Mais si l'impôt était réduit, par exemple, à 10 cent. p. 100, on ne pourrait plus reprocher à l'État de spolier le commerçant du plus net de ses bénéfices et de s'attribuer la part du lion. Un droit de 100 francs, par exemple, pour un marché de 100,000 francs, pouvant donner de 2 à 5,000 francs de bénéfices nets, n'aurait plus rien d'exagéré; le juge n'hésiterait plus à accomplir son devoir, et on ne le verrait pas considérer comme purement verbal un contrat dont souvent le texte lui aura été présenté.

Cependant n'exagérons pas les inconvénients de la loi nouvelle : telle qu'elle est, sans porter un trop grand préjudice aux

Digitized by Google

intérêts du trésor, elle rendra un service signalé au commerce. Il est souvent difficile, il est vrai, de déterminer, à la seule lecture d'un contrat, s'il a pour objet un acte de commerce, mais le caractère commercial de la plupart des marchés se révélera de lui-même à l'œil exercé du receveur; la difficulté ne sera que l'exception, elle sera, cependant, encore trop fréquente pour que la loi nouvelle soit entièrement justifiée. Ce que nous reprochons principalement au législateur, c'est d'avoir établi un principe inconciliable avec celui de la loi de frimaire; d'avoir accordé aux actes commerciaux sous seing privé une exemption à laquelle les actes civils et notariés ont également droit; exemption dont on ne peut cependant les faire jouir sans porter un gravé préjudice aux finances de l'État et sans ruiner toute l'économie de la loi de l'impôt. Montaigne disait : « Il y a grand doubte s'il se peult trouver si évident proufit au changement d'une loi receue, telle qu'elle soit, qu'il y a de mal à la remuer; d'autant qu'une police, c'est comme un bastiment de diverses pièces jointes ensemble d'une telle liaison, qu'il est impossible d'en ébranler une que tout le corps ne s'en sente. » Et si ces pensées sont vraies quand on veut *remuer* une loi *telle qu'elle soit,* elles le sont bien autrement quand il s'agit de changer la loi de frimaire an VII, qui est sans contredit la moins imparfaite de nos lois modernes. STÉPH. CUËNOT.

ESQUISSE DU DROIT CRIMINEL DES ROMAINS.

Par M. DE VALROGER, professeur à la Faculté de droit de Paris.

PREMIER ARTICLE.

L'empreinte du droit romain était fortement marquée dans la législation criminelle de la France avant 1789. Ce n'est point que le droit criminel de Rome se fût toujours maintenu dans notre pays. Loin de là, il y fut remplacé par un droit grossier que les Germains avaient apporté; droit fondé sur la vengeance privée et sur le rachat de cette vengeance par forme de composition. Le droit romain ne fut cependant pas supplanté à tel point qu'il ne restât rien de ses principes; il s'en mêla

Digitized by Google

quelque chose aux usages introduits par les Germains, ces restes contribuèrent à maintenir quelque ordre à des époques qui furent un véritable chaos. Le droit criminel de Rome devait avoir sa renaissance. Quand l'étude du droit de Rome eut refleuri en France, les esprits ne se portèrent pas avec moins d'ardeur vers son droit criminel que vers son droit civil. L'un n'exerça pas moins d'influence que l'autre; on peut dire même que l'influence du droit criminel fut plus considérable : car dans la sphère civile il se maintint des institutions coutumières, d'origine germanique ou féodale, qui tenaient une grande place dans le droit de la France avant 1789; tandis que notre droit criminel subit une transformation complète, et fut comme refait à l'image du droit romain.

Cette révolution fut salutaire au point de vue de l'ordre et de la répression des délits. Mais ce n'est pas là le seul point de vue auquel une bonne législation criminelle doive se placer; elle doit s'inspirer aussi d'autres idées dont il ne fut pas tenu assez de compte, parce qu'il n'en avait pas été tenu non plus assez de compte dans le droit romain. Notre droit criminel prit ainsi la tournure qui devait, au XVIIIe siècle, provoquer une si vive et si juste réaction.

Quoique le droit criminel de Rome soit bien loin d'avoir la même beauté que son droit civil, il a cependant de grands côtés, et mériterait d'être étudié pour lui-même, quand son étude ne serait pas nécessaire pour comprendre la marche du droit criminel de notre pays. Cependant, c'est une étude très-peu répandue chez nous. La France n'a produit qu'un ouvrage important, celui qu'a publié M. Laboulaye sur *les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats*[1], ouvrage plus étendu que son titre, où brillent les qualités éminentes de l'auteur. M. Faustin Hélie, dans son grand traité, a montré quels beaux fruits peut produire une science approfondie du droit romain. Elle manque en général à nos criminalistes.

L'Allemagne n'a pas, comme la France, négligé cette étude. Entre beaucoup d'autres travaux dignes d'éloges je distingue deux livres plus considérables, l'un de M. Rein sur le droit pé-

[1] Paris, 1845. C'est un Mémoire couronné par l'Académie des inscriptions, qui avait ouvert un concours sur ce sujet.

Digitized by Google

nal[1], l'autre de M. Geib sur la procédure criminelle[2]. Le premier est un riche recueil de documents, mais où manquent le sens politique, l'esprit philosophique, les vues générales. Le livre de M. Geib, supérieur sous ces rapports, ne saurait être trop loué pour la solidité toute allemande des recherches, la lucidité toute française de l'exposition, et la saine intelligence du caractère de la procédure aux diverses époques.

On ne saurait rien comprendre au droit criminel des Romains, si l'on ne distinguait perpétuellement ses différentes phases. Cette distinction n'est point suffisamment accusée dans la partie de son *Manuel de droit romain* que le savant professeur de Bonn, M. Walter, a consacrée aux matières criminelles[3]. Il en résulte une obscurité fâcheuse dans cette partie d'un ouvrage d'ailleurs si éminent.

CHAPITRE Ier.

Organisation de la justice criminelle.

Il convient, avant tout, d'esquisser l'histoire de cette organisation.

Pour en bien saisir la marche, je suis forcé de reprendre les choses dès l'origine.

I. Le pouvoir judiciaire appartint d'abord à la royauté[4], mais il pouvait être appelé au peuple des condamnations prononcées par le prince[5]; l'affaire d'Horace en est un exemple célèbre[6]. Lorsque le pouvoir des rois eut été transporté à des consuls, il put de même être fait appel au peuple des condamnations qu'ils prononçaient[7]. L'usage de ces appels se développa au point de rendre insignifiant le pouvoir judiciaire des magistrats : toute la justice criminelle se trouva transportée de fait aux assem-

[1] *Das criminal recht der Römer von Romulus bis auf Justinianus.* Leips., 1844.

[2] *Geschichte des römischen criminal processes bis zum tode Justinians.* Leips., 1842.

[3] *Geschichte des römischen rechts* (2e aufl. Bonn., 1846); *Buch V; Vergehen und strafen.*

[4] Dyonis, II, 14.

[5] Cicer., *De rep.*, II, 31.

[6] T. Liv., I, 26.

[7] Cicer., *De republ.*, 11, 31 et 40. — T. Liv., X, 9. — Dig., 1, 2, 2, § 16. — Valer., *Max.*, IV, 1 et s.

Digitized by Google

blées du peuple [1]. Le sénat pouvait se saisir, par mesure de haute police, d'une affaire qui intéressait particulièrement l'État [2]; mais, sauf de tels cas, le pouvoir judiciaire en matière criminelle résida dans les comices de Rome [3].

II. Cette justice populaire était radicalement impropre à assurer la répression de tous les délits. Son insuffisance dut se faire sentir davantage à mesure que la population augmenta, d'autant plus qu'en même temps se développa aussi une altération des mœurs qui multipliait les méfaits. On comprit le besoin de transporter la justice criminelle hors des comices; de plus en en plus souvent il fut institué des commissions auxquelles le peuple déléguait sa juridiction pour connaître de certaines affaires [4].

Ce ne fut longtemps qu'un procédé accidentel, pratiqué à l'occasion. Il faut arriver jusqu'au septième siècle de Rome pour voir sortir de là l'institution de tribunaux criminels permanents, *quæstiones perpetuæ*. Un premier tribunal de ce genre fut établi sur la proposition d'un Pison (*lex Calpurnia*), pour réprimer les concussions des magistrats. Puis vinrent d'autres créations semblables pour réprimer d'autres méfaits. L'application de cette idée ne fut jamais généralisée de manière à doter Rome d'une haute juridiction embrassant toute espèce de crimes dans sa compétence. Les mesures de ce genre conservèrent un caractère spécial; un jour fut organisé un tribunal qui connaîtrait de telle classe de crimes, un autre jour un tribunal qui connaîtrait de telle autre. Mais par une série de lois de ce genre dues à Sylla, Pompée, César et Auguste [5], la répression des méfaits les plus graves se trouva assurée.

Ces tribunaux, créés par des lois de différentes dates, qui n'avaient pas été conçues dans le même esprit, n'eurent point

[1] V. Geib, p. 23 et suiv., 160 et suiv.

[2] V. Geib, p. 40 et suiv.

[3] L'assemblée compétente avait dû être l'assemblée des centuries. (Cic., *Pro Sext.*, 34.) Ce principe ne résista pas aux progrès de la démocratie. Les comices par tribus, dans lesquelles elle régnait, s'emparèrent d'une juridiction qui ne fut jamais bien définie. (V. Geib, p. 32 et suiv.)

[4] Laboulaye, p. 126 et suiv.; Geib, p. 169 et suiv.

[5] Nous trouvons mentionnées des lois de Sylla (*leges Corneliæ*) sur l'assassinat, l'empoisonnement, le faux; une loi de Pompée sur le parricide; des lois de César et d'Auguste (*leges Juliæ*) sur les concussions, le péculat, la brigue, la violence, l'adultère, etc. (Voy. *Institut.*, IV, 18.)

Digitized by Google

une organisation identique. Toutefois la diversité porta sur les détails plus que sur le fond. Voici quelques traits uniformes que présentent tous ces tribunaux[1]. Ils étaient présidés par un magistrat; le nombre des préteurs fut en conséquence augmenté. Le magistrat n'avait que la direction des débats; la décision appartenait à des juges qui étaient des particuliers pris dans certaines catégories. En prenant séance ils prêtaient un serment qui leur fit donner le nom de jurés, *jurati*[2]. Voilà bien caractérisée l'institution du jury : Rome nous offre la chose et le nom même.

Le jury ne nous vient cependant point des Romains; la France l'a emprunté à l'Angleterre, où il avait pris naissance par une transformation successive d'usages apportés par les Germains. Mais, à défant de lien historique, notre jury offre de frappants rapports d'analogie avec celui de Rome. Ces rapports appellent l'attention sur le jury romain.

A Rome, le jury ne fut jamais tiré indistinctement de toutes les classes de citoyens. Le sénat avait été d'abord en possession de le fournir. L'ascendant que ce rôle judiciaire donnait au sénat provoqua les attaques du parti démocratique. Le sénat lui-même, par des jugements scandaleux, avait fourni à ses adversaires une arme que le second des Gracques sut manier avec une force irrésistible. Alors s'ouvre une suite de péripéties qui peint l'époque[3]. Une loi retire les jugements au sénat pour les transporter aux chevaliers, c'est-à-dire à une haute et riche bourgeoisie. Cette justice ne fut pas moins scandaleuse que l'autre. Le sénat s'en autorise pour réclamer et reprendre le pouvoir dont il avait été dépouillé; mais ce n'est que pour le posséder un instant. Un tribun essaye une transaction qui partageait entre les deux ordres le pouvoir disputé si vivement. Elle ne satisfait point des prétentions exclusives; la lutte recommence. Le parti démocratique avait haussé ses demandes. Il réclame et obtient la nomination des jurés par le peuple. Mais voici venir Sylla; il étouffe dans le sang le parti populaire et rend les jugements au sénat. Cette mesure eut peu de durée, comme toutes les réformes violentes du dictateur. Sylla mort, une nouvelle

[1] La principale source des renseignements se trouve dans des plaidoyers de Cicéron, commentés par le scholiaste Asconius.

[2] Cic., *De off.*, III, 10; *De invent.*, I, 30; *In Verr. act.* I, 13.

[3] Laboulaye, liv. II, sect. 2 *pass.* — Geib, p. 195 et suiv.

Digitized by Google

combinaison appelle au pouvoir judiciaire, avec les sénateurs et les chevaliers, une seconde portion de la bourgeoisie qui était comme la tête de la classe plébéienne, la classe dite des tribuns du trésor. Ce nom éveille l'idée de fonctionnaires publics; cependant il ne désigne qu'une classe distinguée du reste de la population par son cens [1]. César supprime cette nouvelle catégorie, et la justice criminelle est de nouveau partagée entre le sénat et l'ordre équestre. Après sa mort, Antoine appelle un moment l'armée à ce partage. L'abolition générale des lois d'Antoine la met à l'écart. La troisième classe, dite des tribuns du trésor, rentre en possession du rôle qui lui avait été déjà attribué. Auguste, qui flattait le peuple pour se rendre maître, adjoignit à ces trois catégories une quatrième prise dans la classe inférieure.

Voilà l'issue finale de ces péripéties où se réfléchissent vivement les luttes qui précipitèrent Rome sous le pouvoir absolu. Elles pervertirent jusqu'à la justice même, devenue une arme avec laquelle les partis se frappaient tour à tour.

Ces catégories de citoyens fournissaient les éléments d'une liste annuellement renouvelée, où les différentes classes figuraient distinctement. D'abord chaque tribunal avait eu sa liste dressée par le magistrat qui la présidait. Plus tard, il n'y eut qu'une liste commune dressée par le préteur urbain. Le magistrat investi de cette mission avait un pouvoir discrétionnaire [2]; il était seulement astreint à observer certaines conditions et à tenir compte de certaines exclusions.

De la liste générale se tirait pour chaque affaire le jury de jugement. En quel nombre? Les lois qui organisèrent les différents tribunaux avaient réglé ce point diversement. Il subit aussi l'influence des péripéties que je viens de raconter [3]. A l'époque où le sénat siégeait seul, on voit trente-deux jurés. Après l'adjonction d'autres catégories, on en rencontre jusqu'à cent. On voit que les proportions du jury romain dépassèrent toujours de beaucoup celles du nôtre.

Par quel procédé arrivait-on à composer ce jury de juge-

[1] V. Madwig, *De tribunis ærarii*. Hauniæ, 1838.

[2] « Prætores urbani qui debent optimum quemque in selectos judices referre. » (Cic., *Pro Cluent.*, 43.)

[3] V. Laboulaye, p. 336.

Digitized by Google

ment[1]? — Il en fut pratiqué deux. L'un, nommé *editio*, autorisait l'accusateur et l'accusé à choisir un certain nombre de jurés, chaque partie ayant le droit de rejeter quelques-uns des noms proposés par l'autre. Ce procédé trouva peu de faveur. Celui qui prévalut fut le tirage au sort, *sortitio*. Après qu'un nombre suffisant de noms était sorti de l'urne, l'accusateur et l'accusé exerçaient un droit de récusation ; puis il se faisait un nouveau tirage pour remplacer les noms récusés, *subsortitio*.

Le jury ainsi constitué, le débat s'ouvre, et est conduit par le magistrat qui préside le tribunal. Quand le débat est clos, le jury se retire pour prononcer la sentence[2]. Chaque juré a reçu à cet effet une tablette pour y écrire son vote. Deux lettres expriment la condamnation ou l'acquittement : A, *absolvo*, C, *condemno*. Le jury pourrait encore, s'il ne se trouvait pas suffisamment éclairé, dire : N. L, *non liquet*; la conséquence serait le renvoi de l'accusé à un nouveau jugement, *ampliatio*. Ces votes se donnent sans discussion, secrètement[3]; la majorité fait la décision; le partage de voix emporterait acquittement.

La sentence ainsi rendue par le jury était-elle susceptible d'appel au peuple? Les opinions sont partagées. Je n'hésite pas à dire non. Cette faculté aurait été en contradiction avec le but qu'on s'était proposé en transportant à ces tribunaux la juridiction des Comices. Le jury ne représentait-il pas d'ailleurs la souveraineté populaire? Une loi d'Antoine autorisa l'appel; mais c'était un coup de parti qui n'eut pas de suites, puisque toutes les lois d'Antoine furent bientôt abolies. Ni avant, ni après je ne vois d'exemples d'appel au peuple. La décision du jury était donc irréformable. Seulement le *veto* du tribunat, puisqu'il arrêtait tout, aurait pu sans doute en paralyser l'exécution.

Voilà comment fonctionnait le jury des *quæstiones perpetuæ*. La pratique romaine diffère en quelques points de la nôtre; mais les ressemblances sont encore plus considérables. Notre jury ne se rattache cependant à celui de Rome par aucuns rapports

[1] V. Laboulaye, p. 354 et suiv. — Geib, p. 308 et suiv.

[2] V. Geib, p. 363 et suiv.

[3] Primitivement le vote s'était donné de vive voix. Le vote secret *per tabellas* fut introduit au VIIe siècle. Sylla fit un retour vers le vote public, en autorisant l'accusé à le demander; mais on en revint bientôt au vote *per tabellas*. Le secret n'y était pas absolu, les jurés de chaque catégorie ou décurie ayant à déposer leur vote dans une urne distincte. (Laboulaye, p. 373 et suiv.)

Digitized by Google

de filiation. Il n'en est que plus intéressant de saisir de telles ressemblances entre deux institutions qui ne procèdent point l'une de l'autre.

III. La révolution qui substitua l'Empire à la République n'entraîna point la suppression immédiate des *quæstiones perpetuæ*. Mais le système de ces tribunaux était trop peu en harmonie avec le caractère du gouvernement nouveau pour ne pas être menacé. On voit les empereurs réserver à leur sénat la connaissance de certaines affaires [1], ou évoquer par-devant eux celles qu'il leur convenait de juger eux-mêmes [2]. En même temps ils attribuèrent à des *præfecti*, officiers nommés par eux [3], la connaissance de tous les délits pour lesquels il n'avait point été établi de *quæstio perpetua*. Ces officiers impériaux ne se renfermèrent point dans cette sphère; ils ne tardèrent pas à envahir le terrain des *quæstiones perpetuæ*, et à s'attirer, sous divers prétextes, la connaissance des faits attribués à ces tribunaux [4]. La juridiction des *quæstiones* ainsi minée finit par disparaître, sans qu'on aperçoive aucun acte de suppression. Elle mourut d'une mort lente dont on ne saurait déterminer le moment précis. Il ne paraît pas qu'elle ait longtemps prolongé son existence. Elle avait été frappée dans son principe par la révolution qui renversa la République. L'institution du jury avait reposé sur l'idée que la juridiction criminelle appartenait au peuple et devait être exercée par lui-même, ou en vertu de sa délégation par un jury qui serait son image. Le caractère actuel de la

[1] V. Geib, p. 414 et suiv. Dans l'exercice de cette juridiction le sénat ne fut qu'un instrument docile. Tibère s'en servit pour frapper, sous prétexte de lèse-majesté, tout ce qui gardait encore une âme républicaine.

[2] Les empereurs dédaignèrent bientôt de se servir du sénat; ils prirent l'habitude d'évoquer telle affaire qu'il leur plaisait. — L'empereur juge quelquefois l'affaire dans son conseil; mais rien ne l'obligeait à observer les formes extérieures de la justice; il peut donc sans jugement ordonner de mourir à qui lui a déplu; on a perdu par là le droit de vivre. L'empereur dans sa clémence laisse quelquefois au condamné le choix du genre de mort : Senèque pourra se faire ouvrir les veines.....

[3] C'étaient le *præfectus vigilum*, chef d'une garde municipale, investi de la juridiction criminelle sur certains malfaiteurs; le *præfectus annonæ*, chargé de l'approvisionnement de Rome et de la connaissance des délits qui s'y rattachaient; enfin le *præfectus urbis* et son suppléant, *vicarius urbis*, qui se saisirent peu à peu des matières non réservées aux autres. (Geib, p. 447 et suiv.

[4] Geib, p. 394 et suiv.

Digitized by Google

constitution conduisait au contraire à faire découler la justice criminelle de celui sur qui reposait tout l'ordre de l'empire.

IV. L'esprit de la justice criminelle subit en même temps un changement profond.

Jamais, il faut le reconnaître, elle n'avait encore rencontré de bonnes conditions. La justice administrée par le peuple dans ses assemblées avait été pleine de tumulte et de passion. L'institution des *quæstiones perpetuæ* produisit des débats plus réguliers et moins orageux ; mais la lutte entre les classes pour la composition du jury, cette lutte acharnée qui compte tant de péripéties, prouve assez que la justice devint une arme pour les partis. La correspondance de Cicéron nous la montre faussée de plus par la corruption et devenue un encan.

La justice de l'empire remplaça ces vices par d'autres. Dans les causes politiques réservées au sénat, quel fut le rôle de ce corps? L'empereur désigne les victimes, le sénat les frappe, décorant des formes profanées de la justice les proscriptions du maître. La justice administrée dans une sphère inférieure par les préfets impériaux dut avoir plus de liberté. Une vive sollicitude du maintien de l'ordre ne lui manqua pas ; mais ses procédés nous la montreront livrée exclusivement à cette préoccupation, sacrifiant à l'intérêt de la répression toutes les garanties individuelles.

Voilà l'histoire et l'esprit des juridictions criminelles qui se succédèrent dans Rome. Portons nos regards vers les provinces.

II.

J'ai besoin de prémunir contre de fausses idées que pourrait suggérer une histoire présente à tous les esprits. L'Évangile nous montre Pilate se lavant les mains de la condamnation du Christ ; la sentence prononcée par le grand-prêtre et le sanhédrin avait dû seulement être soumise à la confirmation du gouverneur romain avant de s'exécuter. C'est que la Judée, incomplétement assujettie, gardait encore un reste de ses institutions nationales. Il n'y a rien à conclure de cette situation spéciale pour les pays tombés tout à fait sous la domination de Rome.

I. La justice criminelle y appartenait, comme la justice

Digitized by Google

civile, au gouverneur; hors les cas où le sénat, et plus tard l'empereur, auraient évoqué la connaissance de l'affaire.

S'établit-il dans les provinces quelque chose d'analogue à ce qui se pratiquait à Rome dans les *quæstiones perpetuæ?* les provinces eurent-elles aussi leur jury? On n'en trouve nulle trace. Il n'est mention que du conseil d'assesseurs dont les magistrats s'entouraient communément dans l'exercice de leur juridiction[1]. L'institution du jury, à Rome, fut une garantie donnée aux citoyens. L'idée ne pouvait s'en présenter relativement aux provinciaux. Même pour les citoyens habitant les provinces, cette garantie ne paraît pas avoir existé.

Mais ils en trouvaient une autre dans le *veto* du tribunat, qui protégeait partout le Romain. En appelant aux tribuns, plus tard à l'empereur héritier de la puissance tribunitienne, le citoyen accusé suspendait l'action criminelle, et de cette manière l'affaire se trouvait souvent transportée à Rome. L'histoire de saint Paul en fournit un exemple remarquable[2]. La justice provinciale se trouva ainsi presque dépossédée du jugement des citoyens[3]. Ce privilége exorbitant avait sa raison dans un prestige qui s'affaiblit de plus en plus sous l'empire. Après la constitution antonine, qui communiqua le droit de cité aux provinces, il n'en put plus être question.

II. Au-dessous de la juridiction des gouverneurs existait la justice municipale. Ce n'était qu'une justice de première instance, dont les sentences pouvaient être attaquées par-devant le gouverneur de la province. La juridiction municipale fut aussi bornée dans son objet. La table d'Héraclée prouve que dans le premier âge du régime municipal elle avait été très-étendue[4]. Mais à l'époque à laquelle écrivirent les jurisconsultes classiques, sa compétence était renfermée dans d'étroites limites. Même quand il s'agissait de délits commis par des esclaves, elle ne pouvait prononcer que des peines légères, *modica castigatio*[5]. A plus forte raison ne pouvait-elle avoir le droit de condamner à des peines graves les personnes libres. Il est probable

[1] V. Geib, p. 244 et suiv.

[2] *Act. apost.*, XXII, 25, 29; XXV, 10, 12, 21; XXVI, 32.

[3] « Fuerunt alii....., quos, quia cives Romani erant, adnotavi in urbem remittendos. » (Plin., *Ep.*, X, 97.

[4] Quive in eo municipio..... judicio publico condemnatus est, erit.

[5] Dig., II, 1, 12.

Digitized by Google

que la juridiction municipale fut réduite sous l'empire à prononcer des amendes dans les matières de simple police. Quand le fait dépassait leur compétence, les magistrats municipaux avaient à renvoyer le prévenu devant le gouverneur, en prenant les mesures nécessaires pour empêcher une évasion [1].

Voilà les divers tribunaux qui administrèrent en différents lieux et en différents temps la justice criminelle. J'ai dit qu'elle fut toujours très-imparfaite. Il faut entrer dans son étude, suivre sa marche et en démêler les principaux traits.

L. DE VALROGER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

DE LA RÉDACTION ET DE LA CODIFICATION RATIONNELLES DES LOIS [2],

OU MÉTHODES ET FORMULES SUIVANT LESQUELLES LES LOIS DOIVENT ÊTRE CODIFIÉES; par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

Compte rendu par M. Louis Bonneville fils.

I.

La rédaction des lois est ce qu'il y a de plus important après leur confection. Le législateur doit donc, lorsqu'il a arrêté d'une manière définitive le principe d'une loi, ne plus songer qu'à l'écrire avec clarté et précision. Malheureusement c'est ce qui, jusqu'à présent, a le moins fixé son attention : tout entier à l'élaboration de l'esprit de la loi, il semble avoir laissé au hasard le soin d'en préparer la lettre.

Que la rédaction des lois fût autrefois défectueuse, cela se comprend aisément. Les principes législatifs étaient encore incertains et obscurs; cette incertitude et cette obscurité devaient infailliblement se retrouver dans les formules qui les énonçaient. Mais aujourd'hui que la science du droit, après tant

[1] Dig., XLVIII, 3, 10.
[2] Un volume in-8°. — Paris, Cotillon.

Digitized by Google

d'années passées en discussions et en disputes, a résolu les plus difficiles problèmes, que la lettre de la loi soit encore incertaine, les termes obscurs, la rédaction embarrassée, c'est ce que nul ne saurait admettre.

Et pourtant, le style de nos lois n'approche pas, tant s'en faut, de la perfection. Si nos Codes sont des chefs-d'œuvre sous le rapport des idées et des institutions, ils sont loin d'être tels sous le rapport de la rédaction et de la méthode. Le Code Napoléon, ce Code dont la France est fière à juste titre, contient cependant des obscurités nombreuses et des termes ambigus; fréquemment sa lettre lutte contre son esprit; la pensée du législateur n'apparaît qu'à travers un texte incertain : le nombre des commentaires en est une preuve irrécusable. Depuis Maleville, Delvincourt et Toullier jusqu'à MM. Duranton, Marcadé et Demolombe, chaque auteur a relevé les défauts de méthode et les vices de rédaction du Code Napoléon.

D'autre part la statistique, dans son éloquence muette et incontestable, nous indique que chaque année la Cour de cassation annule de nombreuses décisions des Cours et tribunaux pour mauvaise interprétation du Code civil. Or il faut que le texte de ce Code soit bien obscur pour que les magistrats, qui tous ont fait de nos lois une étude spéciale, se méprennent si souvent sur la pensée du législateur.

Mais pourquoi tant insister? Les rédacteurs de nos Codes eux-mêmes ont avoué qu'il y avait dans leur œuvre des erreurs de texte, des obscurités et des lacunes, puisqu'ils ont obligé le juge de statuer malgré ces *lacunes* et ces *obscurités*.

Ainsi auteurs, statistique, législateurs, sont d'accord pour reconnaître que la rédaction de nos lois est défectueuse.

Je sais bien que ces négligences de style disparaissent devant la perfection des institutions, qu'elles n'en sauraient obscurcir l'éclat. (Le soleil lui-même n'a-t-il pas des taches? disait Napoléon.) Je sais bien encore qu'elles s'expliquent par la confection précipitée de nos Codes. Mais si cela est une excuse, cela n'empêche pas le texte obscur de devenir journellement la cause de contestations et de procès qu'une rédaction plus claire et plus précise eût évités. Il y a là, pour ainsi dire, une plaie sociale à laquelle il importe de remédier le plus tôt possible.

Et non-seulement il est nécessaire de réviser la rédaction de nos lois actuelles, mais il n'est pas moins utile de ne rédiger les

Digitized by Google

lois nouvelles que d'après des règles rationnelles qui préviennent à l'avenir les funestes effets d'une rédaction négligée.

Ces règles, où les trouver?

Tous les jurisconsultes ont bien déclaré que nos lois étaient mal formulées, mais ils se sont bornés à constater ce fâcheux état de choses. Or ce n'est pas assez de dire, comme Montesquieu et comme Bentham, « le style des lois doit être *simple*, *clair* et *concis*, » il faudrait encore indiquer quelles sont les règles à suivre pour arriver à donner aux textes législatifs ces précieuses qualités.

II.

C'est ce que vient de faire M. G. Rousset. Le nouveau système que propose ce publiciste, dont le nom occupe déjà une place honorable parmi les jurisconsultes de notre époque [1], a un avantage incontestable, celui d'être tout entier fondé sur la nature même de la loi.

Une vérité qui frappe tous ceux qui se livrent à l'étude du droit, c'est qu'une loi, quelle qu'elle soit, ne saurait être que *prohibitive* ou *impérative*.

Quel est, en effet, le but de la loi?

C'est, d'une part, de limiter la liberté individuelle en *défendant* aux citoyens les actes contraires à la justice et à l'ordre public; d'autre part, d'*ordonner* aux fonctionnaires, agents purement passifs, les actes qu'ils doivent faire pour remplir leur mission, car ils ne doivent agir que lorsque la loi le leur commande. Hors de là, pas de loi possible. La loi ordonne ou défend : *Lex imperat, vetat* [2].

De la connaissance de ce double caractère de la loi, quel enseignement pouvons-nous tirer quant à la rédaction législative?

Si chaque article d'une loi prohibitive contient une défense,

[1] M. Rousset a déjà publié :

Le Code annoté de la presse, faisant suite aux Codes annotés de MM. Sirey et Gilbert. 1 vol. in-4°.

Diverses brochures, parmi lesquelles on remarque celle qui traite *de la correctionnalisation des crimes et délits*.

[2] Il n'y a pas, en effet, de lois *permissives*. « Des lois permissives! écrit M. Rousset, page 244, peut-on bien s'expliquer l'alliance de ces deux expressions si intimement contradictoires? *Lois*, c'est-à-dire règle obligatoire, et *permission*, c'est-à-dire non obligatoire. Peut-on concevoir une loi qui n'oblige pas? »

Digitized by Google

chaque article d'une loi impérative un ordre, pourquoi ne pas rédiger les premiers suivant une même formule prohibitive, les seconds suivant une même formule impérative? De cette manière, les formules reproduisant le caractère prohibitif ou impératif de la disposition qu'elles énoncent, les termes concorderont avec l'idée; et la précision et la clarté, ces deux premières qualités du style des lois, résulteront de cette harmonie de la lettre et de la pensée. Uniformes dans chaque Code, bien que différentes d'un Code à l'autre, ces formules seront un moule dans lequel pourront se couler tous les articles d'une même loi [1].

Mais, dira-t-on, tous les articles du Code civil, par exemple, ne se prêteront pas à revêtir la formule uniforme que vous proposez. — Sans doute; et c'est encore là une preuve de l'excellence du système de M. Rousset. Les articles du Code civil qui ne seront pas susceptibles d'une rédaction prohibitive, indiquent par cela même qu'ils ne contiennent aucune règle prohibitive, qu'ils ne défendent aucun acte, en un mot qu'ils ne sont pas des lois civiles; car le propre d'une loi civile est de *défendre* aux citoyens les actes contraires à la justice. On devra donc rejeter du Code ces articles *récalcitrants*, car ils ne sont qu'une définition ou une disposition oiseuse, ou une disposition de procédure, et partant ne doivent pas figurer dans un Code civil.

[1] 1° Pour les lois civiles concernant les actes à effets indirects, tels que les contrats, donations, testaments, etc....., M. Rousset propose cette formule : *Nul* (désigner la classe des citoyens à laquelle la loi s'adresse) *ne peut* ou *ne doit* (définir l'acte prohibé) *sous peine de nullité absolue* ou *relative*. — Quant aux lois civiles concernant les actes à effets directs, tels que les délits civils et les quasi-délits, la formule serait : *Quiconque* ou *tout N* (nommer la classe de citoyens à laquelle la loi s'adresse) *qui aura volontairement causé sans droit un dommage à autrui en* ou *par* (définir le fait prohibé) *sera, sur la demande de la partie intéressée, condamné à le réparer en*..... (indiquer la nature de la réparation).

2° Pour les lois pénales : *Quiconque* ou *tout N* (nommer la classe de citoyens à laquelle la loi s'adresse) *qui sera reconnu coupable de* ou *d'avoir* (définir l'acte prohibé) *sera puni de* (indiquer la nature et la quotité de la peine).

3° Pour les lois de procédure : *Le* ou *les N* (désigner l'ordre de fonctionnaires auquel s'adresse l'impération) *devra* ou *devront* (définir l'acte ordonné), *et ce à peine de la nullité de l'acte ou de la procédure et de la condamnation aux frais que l'annulation pourrait entraîner, et aux réparations civiles auxquelles elle pourrait donner lieu, sans préjudice d'autres peines.*

Digitized by Google

Le système de M. Rousset fournit ainsi un critérium pour discerner une loi de ce qui n'en a que l'apparence, et permet d'éliminer des Codes les dispositions qui les embarrassent par leur présence inutile.

Je n'ignore pas qu'en France on ait une grande défiance des améliorations ; on craint, on hésite, on n'est pas assez certain des résultats que tel système nouveau peut produire, pour bouleverser ce qui existe à l'effet d'élever à la place un autre édifice. Je pressens donc que ceux-là mêmes qui approuveront le système dont nous venons de dire quelques mots, seront trop pusillanimes pour en demander la réalisation. Ils en trouveront la théorie logique et rationnelle, mais ils en redouteront la mise en pratique. Je respecte ces craintes, sans les approuver entièrement. Mais ne serait-il pas possible, avant de refondre entièrement nos Codes, de faire un essai de ce nouveau système de rédaction des lois? Ne pourrait-on pas rédiger, suivant ces formules rationnelles, les lois nouvelles? Et c'est seulement lorsqu'on en aurait constaté les avantages qu'on pourrait sans crainte les appliquer à tout notre *corpus juris*.

D'ailleurs, qu'on se garde bien de juger le livre de M. Rousset par l'analyse abrégée que nous venons d'en donner. Nous regrettons que les limites ordinaires d'un compte rendu ne nous permettent pas de faire connaître les procédés techniques de codification, non plus que le nouveau système de droit sur lequel M. Rousset édifie son œuvre et justifie ses formules. Nous renvoyons donc au livre les jurisconsultes et les législateurs que passionnent les fortes études ; ils y trouveront, les uns dans les chapitres sur *la nature et le droit de la loi*, les autres dans ceux qui traitent *des définitions légales* et *des exposés des motifs*, des aperçus nouveaux et les indications les plus utiles.

Heureux si, par ce que nous avons dit, nous avons appelé l'attention des hommes dévoués à la science du droit sur cette publication! Elle mérite un sérieux examen, autant à cause du nom de l'auteur qu'à cause de l'importance et de l'actualité de la question qu'elle cherche à résoudre.

« Nos lois peuvent être plus ou moins défectueuses, a dit le chef de l'État, mais elles sont susceptibles de perfectionnement : fiez-vous à l'avenir [1]. »

Louis BONNEVILLE.

[1] Discours du 1er août 1849.

Digitized by Google

I. CODE DES BREVETS D'INVENTION, DESSINS ET MARQUES DE FABRIQUE EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER.

II. DE LA PROPRIÉTÉ ET DE SES DÉMEMBREMENTS, SUIVANT LE DROIT NATUREL, LE DROIT ROMAIN ET LE DROIT FRANÇAIS.

III. COMMENTAIRE THÉORIQUE ET PRATIQUE SUR LA TRANSCRIPTION; par M. LESENNE, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Compte rendu par M. LALANNÉ, ancien magistrat.

I. Nous réunissons sous ce titre les trois derniers ouvrages de M. Lesenne; ils méritent, comme les travaux précédents du savant et modeste auteur, de fixer l'attention des jurisconsultes. Est-il une étude qui offre plus d'actualité que l'étude de la loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention? A quelle époque les questions qui se rattachent aux découvertes dans les arts et dans l'industrie ont-elles été mieux examinées et plus débattues que de notre temps? Aussi, avec quel empressement nous voyons ceux qui estiment avoir fait une découverte prendre un brevet pour s'assurer les avantages de leur invention! Il ne se passe pas de semaine que les tribunaux civils et correctionnels n'aient à s'occuper de demandes de priorité de brevets, de déchéance, de contrefaçon. Toutes les juridictions ont à se prononcer sur ces questions; car ceux qui combattent pour défendre leurs droits contestés savent que l'issue de la lutte, si elle est favorable, leur donnera la gloire, et peut-être, ils ne l'oublient pas davantage, leur procurera la fortune. Les inventeurs de notre temps ne meurent plus à l'hôpital. Il faut donc accueillir avec faveur les ouvrages qui retracent les règles d'une législation souvent appliquée non-seulement en France, mais à l'étranger. Le *Code des brevets d'invention, dessins et marques de fabrique ou de commerce* est pour tous les pays; il contient le texte des lois sur cette matière; il indique les formalités à suivre pour prendre un brevet, pour conserver la propriété des marques et dessins; il fixe le chiffre de la taxe et les moyens pour réprimer la contrefaçon. C'est, en un mot, une encyclopédie pratique de la propriété industrielle. M. Lesenne examine la jurisprudence, l'opinion des auteurs; il complète son ouvrage dans une seconde partie, en insérant le texte des lois sur les brevets d'invention dans les pays étrangers.

II. Avant de reconnaître à la propriété industrielle tous les caractères d'une propriété véritable, il fallait être d'accord sur le droit de propriété. Ce droit n'est plus méconnu, et les efforts qui sont faits pour l'ébranler ou le détruire aux époques de révolution, semblent le consolider davantage. « La propriété est le principe vital des sociétés comme elle est le but et la récompense du travail, le signe de la supériorité de l'homme qui, seul parmi les êtres créés, est capable d'acquérir, de posséder en

Digitized by Google

maître. Le fait de la propriété, dit M. Thiers, est le plus respectable, le plus fécond de tous, le plus digne d'être appelé un droit, car c'est par lui que Dieu a civilisé le monde et mené l'homme du désert à la cité, de la cruauté à la douceur, de l'ignorance au savoir, de la barbarie à la civilisation. » M. Lesenne, en citant l'illustre historien, accepte cet enseignement, conforme à celui des jurisconsultes. Ce droit reconnu, notre auteur en cherche l'application, avec un soin studieux, dans le droit naturel, le droit romain et le droit français. Il indique dans une étude approfondie les points de ressemblance et de différence de ces divers droits dans la propriété et dans ses démembrements, usufruit, usage, habitation et servitudes. Pour donner une analyse complète de ce livre, rempli de recherches, il me faudrait plus d'espace qu'il ne m'est permis d'en occuper; mais je voudrais au moins engager tous ceux qui croient que les études de droit ne sont pas oubliées en France, qu'il existe de ces pionniers intelligents renfermés dans leur cabinet, amis de l'étude pour le plaisir qu'elle procure, sans préoccupation d'un succès de vogue et de je ne sais quel intérêt du moment, à lire cet ouvrage. Ils retrouveront nos vieux docteurs; ils prendront part comme autrefois, sur les bancs de l'École, aux querelles des sabiniens et des proculéiens. Ils ressentiront, comme nous l'avons éprouvé nous-même, une ardeur plus ferme pour nos études de chaque jour, et peut-être aussi une application plus soutenue dans l'interprétation de nos lois.

III. La loi du 23 mars 1855, en faisant un retour aux principes de la loi du 11 brumaire an VII, a rétabli la transcription des actes de mutation à titre onéreux de la propriété immobilière et de ses démembrements, sans porter atteinte aux principes du Code Napoléon, suivant lesquels la convention suffit pour transmettre et acquérir la propriété entre les parties. Cette loi est un progrès vers une réforme hypothécaire plus complète qu'on peut prévoir sans l'espérer de longtemps. Elle a été l'objet, il est superflu de le rappeler aux lecteurs de la *Revue*, des travaux si distingués de M. le conseiller Paul Pont et d'une étude approfondie de législation comparée de M. Jules Bergson. M. Lesenne a fait le commentaire de cette loi, et au moyen d'une table alphabétique, il est facile de trouver la solution des questions qu'il examine. S'il ne partage pas toujours l'opinion des auteurs, il fait avec beaucoup de soin connaître ses motifs, en s'appuyant, pour éclairer ses décisions, sur la discussion de la loi au Corps législatif.

C'est ainsi que M. Lesenne, après avoir étudié la propriété dans son principe, a été conduit par la logique qui a présidé à ses travaux, à tracer les règles qui maintiennent sa jouissance et la rendent aussi inattaquable, à l'égard des tiers, que le droit sur lequel elle repose.

A. LALANNE.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont,
docteur en droit, conseiller à la Cour impériale de Paris.

(*Suite*[1].)

DU PRIVILÉGE ET DE L'ACTION RÉSOLUTOIRE DU VENDEUR, EN CAS DE FAILLITE DE L'ACQUÉREUR, ET EN CAS DE DÉCÈS SUIVI D'ACCEPTATION BÉNÉFICIAIRE DE SA SUCCESSION.

Cour de cassation : chambre des requêtes, 29 *décembre* 1858; *chambre civile*, 1er *mai* 1860. — *Cours impériales : Bordeaux*, 15 *juillet* 1857; *Besançon*, 16 *décembre* 1857; *Grenoble*, 13 *mars* 1858; *Montpellier*, 6 *avril* 1859; *Riom*, 1er *juin* 1859; *Nancy*, 6 *août* 1859. — *Tribunaux civils : Grenoble*, 20 *juillet* 1858; *Bar-le-Duc*, 17 *mars* 1859; *Chartres*, 18 *juin* 1859; *Paris*, 21 *mars* 1860.

Nous avons essayé de justifier, dans la précédente livraison de cette *Revue*, notre proposition *principale*, à savoir : Que le vendeur non payé, quand l'acquéreur n'a pas fait transcrire la vente, conserve, avec le droit de faire faire lui-même la transcription du contrat, le privilége qui garantit le payement du prix, même après le jugement déclaratif de la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession, dans le cas où elle est acceptée par bénéfice d'inventaire.

Mais avant de passer à l'examen de notre proposition *subsidiaire*, nous voulons mettre sous les yeux du lecteur l'arrêt par lequel la chambre civile de la Cour de cassation vient de prendre parti sur la question, et que, sur la foi de la notice qu'en avait donné le journal *le Droit*, nous avons présenté comme confirmant de tous points la solution par nous défendue dans la première partie de nos observations.

L'arrêt a été rendu le 1er mai 1860, sous la présidence de M. le premier président Troplong, au rapport de M. le conseiller Bayle-Mouillard, et sur les conclusions conformes de M. l'avocat général de Raynal.

En voici le texte, tel que nous le trouvons dans le journal *le Droit* du 17 mai 1860 :

[1] V. la précédente livraison (*suprà*, p. 289 et suiv.).

Digitized by Google

« La Cour; — Attendu que les frère et sœur Martaguet, qui avaient vendu plusieurs immeubles aux époux Lavauzelle, par acte authentique du 22 septembre 1852, lequel n'a pas été transcrit, ont demandé, à défaut de payement du prix, la résolution de la vente postérieurement à la faillite de Lavauzelle, déclarée le 31 mars 1856;

« Attendu que Lavauzelle et son syndic, agissant l'un et l'autre dans l'intérêt des créanciers, se sont opposés à cette résolution, en se fondant sur ce que le privilége des vendeurs n'avait pas été inscrit avant la faillite, et en invoquant l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, ainsi conçu : « L'action résolutoire établie par « l'article 1654 du Code Napoléon ne peut être exercée, après « l'extinction du privilége du vendeur, au préjudice des tiers « qui ont acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acheteur, « et qui se sont conformés à la loi pour les conserver.

« Attendu que la Cour impériale de Bordeaux, par son arrêt du 15 juillet 1857, a écarté l'application de cet article, et prononcé la résolution de la vente en se fondant : 1° sur ce qu'il résulte des articles 1, 3 et 6 de la loi du 23 mars 1855 et des principes nouveaux qu'elle a établis, que le vendeur n'est dessaisi, que l'acheteur n'est saisi à l'égard des tiers que par la transcription, d'où il suit que la vente du 22 septembre 1852 n'ayant pas été transcrite, Lavauzelle, qui n'était pas saisi, n'a pu transmettre à ses créanciers aucun droit sur les immeubles vendus, et que dès lors ceux-ci ne sont pas fondés à se prévaloir des dispositions de l'article précité; 2° que le défaut d'inscription du privilége avant l'ouverture de la faillite ne suffit pas pour opérer son extinction et celle de l'action résolutoire;

« Attendu qu'au pourvoi formé contre l'arrêt de la Cour de Bordeaux, pour violation de la loi du 23 mars 1855, les défendeurs opposent que cette loi ne peut être opposée sans effet rétroactif à un acte de 1852;

« Mais, attendu que la loi peut, sans rétroagir, soumettre à des formalités nouvelles la conservation d'un droit ancien, pourvu que la partie contractante, à qui ces formalités sont imposées, ait la possibilité de les accomplir; — que le législateur de 1855, qui n'aurait pas eu le droit d'anéantir une condition résolutoire, écrite ou sous-entendue dans un acte de vente préexistant, a pu, en disposant seulement pour l'avenir, exiger, dans l'intérêt des tiers, que cette condition résolutoire fut rendue

Digitized by Google

publique, ou subordonner sa conservation à celle d'un privilége soumis lui-même à la publicité.

« Attendu que telle a été l'intention exprimée par le législateur; que l'article 10 de la loi dit, en effet, que cette loi sera exécutoire à partir du 1er janvier 1856; que le § 1 de l'article 11 ajoute, par exception, que les articles 1, 2, 3, 4 et 9 ne seront pas applicables aux actes ayant acquis date certaine avant le 1er janvier 1856; qu'il en résulte que l'article 7 est applicable à ces actes; — que cela est rendu plus évident encore par le § 4 du même article 11, qui accorde un délai pour inscrire leur privilége et sauvegarder ainsi leur action résolutoire aux anciens vendeurs dont le privilége serait éteint au moment où la loi deviendrait exécutoire; que cette mesure transitoire aurait été complétement inutile, et qu'il aurait été superflu de venir au secours de ces anciens vendeurs, si l'article 7 de la loi de 1855 n'avait pas été applicable aux ventes anciennes; — qu'il résulte, il est vrai, dudit article 11, que les ventes antérieures au 1er janvier 1856 sont soumises à une double législation; que, relativement à la transcription et à ses effets, les premiers articles de la loi de 1855 ne leur étant pas applicables, elles sont toujours régies par le Code civil; qu'à la différence des ventes nouvelles, elles auront été et continueront d'être parfaites par le consentement des parties, l'acheteur étant saisi à l'égard des tiers sans aucune forme de publicité, tandis que ces mêmes ventes seront assujetties, en ce qui touche l'action résolutoire, aux prescriptions de l'article 7 de la loi de 1855, et qu'il sera nécessaire à l'avenir que le privilége soit conservé pour que l'action résolutoire ne se perde pas; — mais que ce concours de deux législations est inévitable lorsque le législateur soumet un droit acquis à de nouvelles conditions de conservation, ce droit relevant pour son institution et ses effets de la loi contemporaine du contrat, et dépendant pour sa conservation de l'accomplissement des formalités prescrites par la loi nouvelle; — qu'ainsi la vente consentie par les défendeurs en 1852 est, à partir du 1er janvier 1856, régie par l'article 7 de la loi de 1855, mais que l'article 1 et 3 ne sont pas applicables.

« Au fond :

« Attendu qu'il résulte des motifs précédents qu'il n'y a point à examiner si, faute de transcription, les vendeurs sont restés, à l'égard des tiers, saisis de leurs immeubles, si l'acheteur non

Digitized by Google

saisi a été dans l'impossibilité de transmettre sur ces immeubles des droits à ses créanciers, et si, par suite, ceux-ci sont mal fondés à invoquer l'article 7 de la loi précitée; que ce moyen, fondé sur les articles 1, 3 et 6 de la loi, et sur les nouveaux effets de la transcription, doit être écarté de la cause à raison du régime transitoire auquel elle est soumise; — que, dans cet état intermédiaire entre la législation pure du Code civil et le complet empire de la loi nouvelle, il reste uniquement à rechercher si les autres conditions exigées pour l'application de l'article 7 de la loi de 1855 existent dans la cause;

« Attendu qu'aux termes de cet article, pour que le vendeur non payé soit déchu du droit d'exercer au préjudice des tiers l'action resolutoire établie par l'article 1654 du Code Napoléon, il faut, avant tout, qu'il y ait eu extinction du privilége du vendeur;

« Attendu que l'accomplissement de cette condition doit être rigoureusement exigé, alors surtout qu'il s'agit d'une déchéance invoquée contre un droit ancien, en vertu d'une loi nouvelle dont les dispositions favorables au vendeur ne peuvent être par lui invoquées;

« Attendu qu'aux termes de l'article 2146 du Code Napoléon, et 448 du Code de commerce, l'inscription d'un privilége ou d'une hypothèque prise après un jugement de déclaration de faillite est sans effet entre les créanciers de la faillite, ou relativement à la masse, comme le dit aussi l'article 446 du Code de commerce; qu'il résulte de ces expressions que cette disposition, protectrice du droit de ces créanciers, ne peut être invoquée que par eux et non par le failli, ni par les tiers détenteurs, ni par les créanciers postérieurs à la faillite; qu'ayant pour cause unique la faillite, elle devrait cesser d'être applicable si la faillite venait à être complétement effacée; — qu'en cet état, le privilége n'est plus opposable en tout temps et à toutes personnes, mais qu'il n'a pas cessé d'exister; que l'inefficacité de l'inscription, relative, et, en certains cas, temporaire, provenant d'ailleurs d'un événement que le vendeur n'avait pu prévoir, ne peut être considérée comme satisfaisant à la première condition exigée par l'article 7 de la loi sur la transcription, qui exige l'extinction du privilége, c'est-à-dire une annulation compléte, absolue, ineffaçable; — qu'en employant une expression aussi énergique, le législateur a manifesté claire-

Digitized by Google

ment sa volonté de ne pas faire dépendre de la suspension des effets de l'inscription ou d'une nullité relative, la conservation ou la perte d'un droit qui est la dernière ressource du vendeur non payé; — qu'ainsi, le privilége non inscrit des frère et sœur Martaguet, bien qu'il ne produise pas d'effet par lui-même contre la masse de la faillite Lavauzelle, n'ayant pas véritablement péri comme l'action résolutoire du vendeur, s'oppose à l'application de l'article 7 de la loi sur la transcription, et suffit pour justifier l'arrêt attaqué du reproche de l'avoir violé; — Rejette. »

Tel est l'arrêt. Et maintenant que nous en connaissons le texte, nous ne disons pas qu'il confirme de tous points la *doctrine* que nous avons soutenue : car, en partant de l'idée que la publicité du privilége du vendeur peut, même au point de vue du droit de préférence, se produire *par l'inscription*, il suppose que si l'inscription était faite après la faillite de l'acquéreur (et dès lors aussi après l'ouverture de la succession dans le cas où elle aurait été acceptée par bénéfice d'inventaire), elle serait sans efficacité, en ce qu'elle ne donnerait pas au vendeur le droit d'être préféré aux créanciers de la faillite (ou, dès lors, à ceux de la succession) sur le prix de l'immeuble par lui vendu au failli (ou au défunt); et en cela, il maintient dans une certaine mesure les dispositions prohibitives des articles 2146 du Code Napoléon et 448 du Code de commerce, même contre le vendeur auquel ces dispositions seraient absolument inapplicables, d'après notre manière de voir. Mais, en définitive, la Cour de cassation pose en thèse que la faillite de l'acquéreur n'opère pas, par rapport au privilége du vendeur, l'extinction ou l'annulation complète, absolue, ineffaçable, à laquelle l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 rattache la perte de l'action résolutoire; que nonobstant la faillite, le privilége ne cesse pas d'avoir son existence en principe, tout inopposable qu'il soit à certaines personnes, spécialement à la masse des créanciers; et ces prémisses posées, la Cour de cassation décide nettement que le vendeur non payé conserve intact, même après la faillite de l'acquéreur, le droit de reprendre sa chose au moyen de la résolution du contrat par lequel il l'avait aliénée. En ce point, l'arrêt confirme pleinement notre *solution*, en même temps que, par le résultat, il condamne énergiquement la décision, si peu fondée en droit et en équité, du tribunal de Bar-le-Duc et de la

Digitized by Google

Cour de Nancy, que nous avons appréciée dans la première partie de nos observations : et sans insister, quant à présent, davantage, sans rechercher notamment si, tout en protégeant le vendeur non payé contre les effets désastreux et profondément iniques d'une déchéance absolue, l'arrêt donne, par ses motifs, une satisfaction suffisante aux principes du droit, nous passons à l'examen du subsidiaire que nous avons formulé dans notre seconde propoition.

§ 2.

De l'action résolutoire considérée abstraction faite du privilége.

Mettant ici à l'écart et la doctrine que nous avons soutenue, et la doctrine moins étendue que la Cour de cassation vient de consacrer par son arrêt du 1er mai 1860, nous supposons, contre la vérité des choses, vérité que ce dernier arrêt a proclamée à son tour, que le privilége du vendeur a péri faute d'avoir été rendu public par la transcription du contrat de vente avant la faillite de l'acquéreur ou l'ouverture de sa succession acceptée par bénéfice d'inventaire ; et nous disons que, même dans cette situation, le vendeur n'en a pas moins le droit d'exercer l'action résolutoire à l'encontre des créanciers soit de la faillite, soit de la succession : — c'est notre seconde proposition.

Le siége de la difficulté se concentre surtout dans l'interprétation de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855, dont il faut tout d'abord préciser le caractère. Par cette disposition, le législateur étend et peut-être exagère une idée dont l'article 692 du Code de procédure avait fait déjà une application particulière : le sort de l'action résolutoire appartenant au vendeur non payé de son prix s'y trouve rattaché au sort même du privilége, de façon que, ordinairement sinon absolument, la perte du privilége doit avoir pour conséquence la perte de l'action résolutoire. C'est donc une aggravation très-considérable d'une déchéance déjà très-grave par elle-même. Et par cela seul on comprend la nécessité de ne pas se montrer trop facile dans l'interprétation de cet article 7 : c'est une disposition législative et, sans aucun doute, elle commande le respect à ce titre ; mais c'est une disposition de droit excessivement rigoureux, qui, par cela même exclut toute idée d'extension et doit être étroitement restreinte dans ses termes précis. A ce point de vue, on

Digitized by Google

ne peut qu'approuver la décision rappelée plus haut (p. 292), par laquelle le tribunal de Grenoble et la Cour de Besançon préjugeant, sans le décider directement, que le vendeur déchu de son privilége à défaut de transcription avant la faillite de l'acquéreur perd du même coup et le privilége et l'action résolutoire, concèdent pourtant au vendeur le droit de poursuivre la revente de l'immeuble sur folle-enchère en cas de non payement du prix d'adjudication.

Quoi qu'il en soit, du reste, de ce point qui ne se rattache à notre question que d'une manière tout à fait indirecte, voyons, après avoir précisé l'esprit dans lequel l'article 7 doit être entendu, quelles sont les conditions qui en peuvent rendre la disposition applicable. Nous consultons le texte même qui est on ne peut plus précis à cet égard : « L'action résolutoire établie par l'article 1654 du Code Napoléon, y est-il dit, ne peut « être exercée *après l'extinction du privilége* du vendeur, au « préjudice *des tiers qui ont acquis des droits* sur l'immeuble du « chef de l'acheteur, et *qui se sont conformés à la loi pour les « conserver*. » Ainsi, extinction du privilége, acquisition par des tiers, du chef de l'acquéreur, d'un droit réel dûment conservé sur l'immeuble, voilà les deux conditions nécessaires pour que l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 soit opposable au vendeur créancier de son prix.

Eh bien! sans parler de la première condition, qui manque déjà, dans la vérité, mais que nous devons supposer réalisée pour la discussion de la partie subsidiaire de notre sujet, voyons ce qui en est de la seconde : y a-t-il, soit dans le cas de la faillite de l'acquéreur, soit dans le cas de son décès suivi d'acceptation bénéficiaire de la succession, des créanciers dont on puisse dire qu'ils sont *des tiers* ayant acquis, du chef de l'acquéreur, tombé plus tard en faillite ou décédé, *des droits sur l'immeuble et s'étant conformés à la loi pour les conserver?* Nous répondons sans aucune hésitation par la négative; et, pour justifier notre réponse, nous reprenons successivement les deux cas indiqués.

Un homme meurt laissant une succession opulente ; ses héritiers légitimes la recueillent et ne font aucune réserve ; ils sont héritiers purs et simples : quelle est alors la situation juridique, soit de chacun des créanciers vis-à-vis de ces héritiers, soit des créanciers entre eux? L'article 724 du Code Napoléon

Digitized by Google

ne peut laisser aucun doute à cet égard : la situation juridique reste incontestablement ce qu'elle était avant la mort du *de cujus*, puisque la personne civile est la même quoique les individus aient changé. Ainsi, d'héritier à créancier il n'existe d'autre relation directe que celle d'auteur à ayant cause, et de créancier à créancier, les rapports sont les mêmes aux termes de l'article 1166 du Code Napoléon. Donc, à aucun titre, dans ce cas, on ne peut considérer les créanciers comme des tiers : il y a deux personnes en contact, le débiteur (héritier ou défunt) et le créancier ; une tierce personne n'apparaît pas. — Cela étant dans le cas de succession pure et simple, pourquoi donc en serait-il autrement dans le cas de succession bénéficiaire ? La position de l'héritier est différente sans doute, en ce sens qu'il ne confond pas ses intérêts et ses droits avec ceux du défunt ; mais les relations des créanciers entre eux sont identiquement les mêmes, sauf que l'intermédiaire qui les rapproche n'est plus une personne, mais plutôt une masse de biens qui remplace la personne, et dont on peut dire : *vicem defuncti sustinet*. Donc, il ne faut pas se méprendre : isolés ou réunis, les créanciers ne sont pas *des tiers* vis-à-vis de l'un d'entre eux, ils n'ont d'autres droits que les droits du défunt ; dans notre espèce ils n'ont d'autres droits que ceux de l'acquéreur dont ils tiennent les lieu et place, et à ce premier point de vue déjà, ils seraient non recevables à se prévaloir de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

Mais allons plus avant, et même en envisageant les créanciers de la succession bénéficiaire comme *des tiers* par rapport au vendeur, créancier lui-même de son prix, demandons-nous quels droits ils auraient acquis du chef de l'acquéreur sur l'immeuble vendu, et voyons si ces droits peuvent être classés dans la catégorie de ceux que l'article 7 de la loi de 1855 a eu pour objet de protéger. Les termes mêmes de cet article indiquent nettement qu'il n'a en vue d'autres droits que ceux qui constituent une sorte de démembrement du droit de l'acquéreur. Dans la prévision de la loi, celui-ci a concédé à autrui une fraction ou même la totalité de son droit, de manière à isoler, à détacher ce droit nouveau qu'il a créé de son propre droit, qu'il conserve en partie ou du moins par équivalent, et, pour protéger celui qui a reçu ainsi des mains de l'acquéreur un droit qu'il faut assurer, le législateur garantit le cessionnaire, en

Digitized by Google

tant que celui-ci s'est mis en mesure de conserver son droit, contre l'exercice d'une action résolutoire dont le cédant est passible. Mais qu'y a-t-il de commun entre la situation prévue par la loi et celle qui se produit dans notre espèce? Et quelle est donc la nature du droit dont les créanciers d'une succession bénéficiaire sont investis sur l'immeuble vendu par l'ouverture de la succession de l'acquéreur? Leur droit sur l'immeuble vendu, comme sur tous les autres biens qui se trouvent dans la succession, demeure ce qu'il était avant la mort du débiteur; c'est tout simplement le droit que consacre l'article 2093 du Code Napoléon, c'est-à-dire un droit de gage général qui n'est que le résumé des droits particuliers du débiteur (C. Nap., art. 1166). Donc, pour les créanciers de la succession, nulle acquisition nouvelle découlant de l'acceptation bénéficiaire. Ce fait de l'acceptation bénéficiaire a pour conséquence unique, en supprimant la personne de l'obligé, de rapprocher les créanciers de leur gage, et d'en exclure tous ceux qui, du chef de l'héritier, voudraient le diminuer en y prétendant une part. En un mot le bénéfice d'inventaire, à l'égard des créanciers de la succession, a un effet non point *attributif*, mais *exclusif;* et spécialement, quant à la chose vendue, leur droit n'est pas plus étroit ou plus immédiat, mais seulement plus utile, parce qu'il ne se communique pas aux créanciers de l'héritier.

Ainsi, et en résumé, les créanciers d'une succession acceptée bénéficiairement ne sont pas des tiers; — serait-il permis de les considérer comme tels, il serait faux de dire qu'ils ont acquis sur l'immeuble vendu un droit quelconque du chef de l'acquéreur; — et par cela même il ne peut être question de savoir s'ils se sont conformés aux lois pour conserver ce droit qui n'existe pas. — A tous les titres donc et à tous les points de vue, l'article 7 de la loi du 23 mars 1855 reste ici sans aucune application possible. Et c'est là précisément ce que décide le jugement du tribunal de Chartres, dont nous rapportons le texte dans notre précédent article (*suprà*, p. 294), et surtout l'arrêt de la Cour de Montpellier cité en tête de nos observations, et dont la décision spéciale est que ledit article, ne subordonnant l'existence de l'action résolutoire à celle du privilége qu'à l'égard des tiers *qui ont acquis des droits sur l'immeuble...*, ne peut être invoqué par les créanciers d'une succession acceptée sous bénéfice d'inventaire, l'acceptation bénéficiaire

Digitized by Google

n'ayant pas pour effet de conférer à ces créanciers un droit réel sur les immeubles héréditaires.

Ce que nous avons dit à l'occasion de l'hypothèse relative au décès de l'acquéreur et à l'acceptation bénéficiaire de sa succession, facilite singulièrement ce que nous avons à dire relativement à la seconde hypothèse, celle où l'acquéreur a été déclaré en faillite. Ici encore nous maintenons que l'action en résolution survit à l'extinction *supposée* du privilége, parce que les créanciers du failli ne sont pas des tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble du chef de l'acquéreur et s'étant conformés à la loi pour les conserver; nous maintenons cela, non-seulement contre la théorie absolue de MM. Troplong et Mourlon, mais encore contre la théorie mitigée de M. Rivière.

Et tout d'abord nous admettons qu'*en certains cas* on doit se montrer plus facile à reconnaître que la masse des créanciers de la faillite est *un tiers* qu'on ne saurait le faire pour la masse des créanciers d'une succession acceptée bénéficiairement; car à raison de l'existence du failli, qui lui permettrait d'accomplir des actes antidatés et diminuant son actif, il est juste que la masse des créanciers de la faillite soit protégée par l'application des articles 1322 et 1328 du Code Napoléon. Dans cet ordre d'idées, la Cour de cassation a justement décidé que les créanciers d'un failli sont des tiers et non les ayants cause de leur débiteur, lorsqu'ils agissent pour défendre le gage commun et pour faire rentrer dans l'actif des valeurs qu'on en aurait fait sortir [1]. Mais, sauf ce point de vue, les créanciers, en thèse générale, sont les ayants cause du failli qu'ils représentent et dont ils exercent tous les droits par l'intermédiaire ou l'organe de leurs syndics. On ne peut donc pas dire que la masse des créanciers de la faillite de l'acquéreur est *un tiers* vis-à-vis du vendeur; première circonstance qui exclurait l'application de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

Et puis quels seraient donc les droits que cette masse aurait acquis sur l'immeuble par l'effet du jugement déclaratif de la faillite? Nous le savons, pour que l'article 7 de la loi de 1855 reçoive son application, il faut que le vendeur agissant en résolution vienne heurter, non pas un tiers quelconque, mais un tiers ayant acquis *un droit réel* sur l'immeuble du chef de l'ac-

[1] Req., 29 décembre 1858 (Dalloz, 59, 1, 103; Devill., 59, 1, 209).

Digitized by Google

quéreur, et s'étant conformé à la loi pour le conserver. Eh bien! quel est donc le *droit réel* que la masse des créanciers acquiert par l'effet du jugement déclaratif de la faillite? C'est en essayant de répondre à cette question que les défenseurs de la théorie absolue, d'après laquelle le privilége du vendeur serait éteint à défaut de transcription avant la faillite, d'où suivrait que le vendeur perdrait du même coup et son privilége et son action résolutoire, révèlent le vice de leur système. Ils sont radicalement impuissants à décrire, à déterminer ce prétendu *droit réel.* Ce droit échappe à une définition précise; ceux qui croient à son existence procèdent incessamment, non par affirmation, mais par voie de comparaison. M. Rivière, qui est comme nous l'adversaire de cette théorie absolue, en a très-bien démontré le défaut dans la dissertation publiée dans cette *Revue* (V. t. XV, p. 434); et pour notre part, sans répéter ce que nous disions tout-à-l'heure en parlant de l'effet de l'acceptation bénéficiaire, et en nous y référant pour le cas de faillite, puisque les deux événements ont cet effet commun de dessaisir le débiteur de l'exercice de ses droits et de le transporter, dans l'intérêt de la masse des créanciers, soit à l'héritier bénéficiaire, soit au syndic, l'un et l'autre simples administrateurs, nous maintenons cette vérité que la masse des créanciers de la faillite, serait-elle qualifiée *tiers*, n'acquiert, par l'effet du jugement déclaratif, aucun droit réel sur l'immeuble vendu : ce qui écarte encore l'application de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855.

Nous allons plus loin, et nous soutenons que ce *droit réel* qui ne résulte en faveur des créanciers de la faillite ni de l'article 448 du Code de commerce, ni du jugement déclaratif de la faillite, ne résulte pas davantage de l'article 490 du Code de commerce et de l'inscription prise par les syndics en vertu de cet article sur les immeubles du failli. Mais ici nous rencontrons la théorie mitigée de M. Rivière. Cet auteur, dont l'opinion au surplus a été reproduite dans les motifs de l'arrêt de Riom que nous indiquons en tête de notre Examen, a soutenu dans cette *Revue* (t. XV, p. 441 et suiv.), comme il l'avait soutenu dans son Commentaire de la loi de 1855, que dès que les syndics ont pris sur les immeubles du failli l'inscription qu'aux termes de l'article 490 ils doivent prendre à leur entrée en fonctions, la masse, au nom de laquelle l'inscription doit être prise,

Digitized by Google

a par cela seul acquis, sur tout le patrimoine immobilier du débiteur failli, et spécialement sur l'immeuble acheté par celui-ci avant sa faillite et non encore payé, un droit réel d'hypothèque, qui la range dans la catégorie des tiers dont parle l'article 7 de la loi de 1855 et l'autorise à se prévaloir de cet article pour repousser l'action résolutoire du vendeur.

Nous maintenons pourtant notre solution; et si M. Rivière nous permet de le dire, nous persistons à penser que son opinion n'est ni moins inexacte ni moins injuste que la théorie plus absolue, plus radicale, qu'il a si péremptoirement réfutée.

Et tout d'abord, pour répondre à l'argument puisé dans le texte plutôt que dans l'esprit de l'article 490 du Code de commerce, nous pourrions nous rattacher aux observations que nous avons présentées au n° 904 de notre Traité commentaire des priviléges et hypothèques. Quoi qu'en dise M. Rivière, nous concevons difficilement que l'article 490 ait eu en vue la création d'une hypothèque en faveur des créanciers de la faillite qui n'en ont pas besoin à ce moment, puisqu'ils se trouvent en présence d'un débiteur qui ne peut rien faire pour amoindrir leur gage; et autant il nous paraît juste de rattacher la création de cette hypothèque à l'article 517, qui parle de l'inscription du jugement d'homologation du concordat, puisqu'alors il y a véritablement un jugement portant condamnation et un intérêt réel à donner le moyen de s'assurer le droit de préférence, à des créanciers qui se trouvent en présence d'un débiteur remis à la tête de ses affaires et pouvant à chaque instant créer des dettes nouvelles, autant il nous paraît peu raisonnable de rattacher cette création de l'hypothèque à l'article 490, puisqu'alors l'hypothèque n'a pas réellement sa raison d'être, d'une part en ce qu'il n'y a encore qu'un jugement déclaratif de la faillite, lequel ne contient pas condamnation, d'une autre part, en ce que le failli étant complétement dessaisi de toute administration, est dans l'impossibilité absolue de faire aucuns actes contre lesquels les créanciers aient besoin d'être protégés. C'est ce qui nous a fait dire, avec nombre d'auteurs, que l'inscription prise dans les termes de l'article 490 du Code de commerce n'est qu'un moyen de publicité ajouté aux autres moyens organisés par la loi commerciale pour faire connaître l'incapacité personnelle du failli.

Digitized by Google

Mais laissons cette idée et, pour le besoin de la discussion, supposons, ce qui du reste a été décidé par l'arrêt de la Cour de cassation du 29 décembre 1858, dont nous parlions tout à l'heure, que l'hypothèque inscrite au nom de la masse par les syndics, conformément à l'article 490, et conservée, selon l'article 517, par le jugement qui homologue le concordat, soit une véritable hypothèque acquise immédiatement à la masse de la faillite de l'acquéreur; même dans cette supposition, nous maintenons que l'action résolutoire du vendeur reste sauve.

L'arrêt de la Cour de Bordeaux, sur lequel est intervenu le rejet prononcé le 1er mai 1860 par la Cour de cassation, en donne pour raison que les créanciers hypothécaires ne sont pas compris au nombre *des tiers* dont parle l'article 7 de la loi de 1855, et qu'il veut protéger. Pour la Cour de Bordeaux, et sauf le cas exceptionnel d'une revente consentie par l'acquéreur et transcrite par le sous-acquéreur, le vendeur primitif n'étant pas dessaisi, avant la transcription, vis-à-vis de ceux qui tiennent leurs droits de l'acquéreur, ceux-ci ne peuvent pas se dire *tiers;* ils n'ont d'autres droits que ceux de l'acquéreur, et sont soumis à toutes les suites des actions dont l'acquéreur serait passible. C'est la doctrine que la Cour de Bordeaux applique à un créancier hypothécaire de l'acquéreur, lequel, nonobstant son inscription, doit, selon la Cour, souffrir l'exercice de l'action résolutoire du vendeur. Et cette doctrine, si elle était admise, serait également applicable contre les créanciers de la faillite, même après l'inscription prise par les syndics au nom de la masse, dans les termes de l'article 490 du Code de commerce, puisqu'il n'apparaît pas de motif de différence.

Mais il y a une autre raison que nous regardons comme plus péremptoire : c'est que l'hypothèque dont il s'agit ici, si tant est que l'article 490 du Code de commerce crée une hypothèque, a pour effet de créer une véritable séparation de patrimoines en faveur des créanciers antérieurs au concordat. Remarquons-le bien : l'analogie, nous pourrions dire l'identité de la situation créée par l'exécution de l'article 490 du Code de commerce, avec celle qui se produit lors de l'ouverture d'une succession, est manifeste. Les créanciers de la succession, en poursuivant et inscrivant le droit qualifié privilége, excluent des biens du défunt les créanciers de l'héritier : mais entre créanciers de la

Digitized by Google

succession, la position ne varie pas; nul d'entre eux n'obtient un droit de préférence sur l'autre; la faveur n'existe qu'au profit d'une masse de créanciers (ceux du défunt) contre une autre masse de créanciers (ceux de l'héritier). Or, que se passe-t-il dans le cas de l'article 490 du Code de commerce? Il y a une inscription prise au nom de la masse; l'hypothèque qu'elle conserve, sans valeur si la faillite aboutit à une union, est utile, au contraire, après l'homologation du concordat. Grâce à cette inscription, les créanciers qui ont concouru au concordat ont la certitude de venir, pour leur dividende, sur le prix des immeubles compris dans la faillite, et ce nonobstant toutes constitutions d'hypothèques consenties par le failli concordataire replacé à la tête de ses affaires. Voilà donc l'objet de l'hypothèque : défendre la masse des créanciers antérieurs au concordat contre les créanciers postérieurs. C'est, encore une fois, une véritable séparation des patrimoines : patrimoine existant lors de la faillite et affecté aux dettes qui pèsent sur le failli, comme pèsent sur les héritiers les dettes du défunt; patrimoine du failli remis à la tête de ses affaires, patrimoine qui est le gage des créanciers que cet homme nouveau, en quelque sorte, se crée par les actes qui suivent son concordat.

Cela étant, il faut raisonner, dans le cas de l'article 490 du Code de commerce, comme on raisonnerait à l'occasion de la séparation des patrimoines proprement dite. Eh bien! de ce que la séparation des patrimoines crée une sorte de privilége en faveur des créanciers de la succession, faut-il conclure à l'extinction de l'action résolutoire du vendeur non payé d'un immeuble par lui vendu au défunt? Non, sans doute! Le droit résultant du privilége appartient à tous les créanciers; il appartient donc au vendeur, créancier de son prix, et il serait bien dur assurément de retourner contre lui ce qui, dans l'esprit de la loi, doit concourir à le sauvegarder. En outre, le droit est créé au profit des créanciers de la succession contre les créanciers de l'héritier, et ce serait méconnaître la volonté de la loi et en violer les dispositions que de l'instituer comme un droit établi en faveur de *certains créanciers* de la succession contre d'autres créanciers de la succession! Venons maintenant au cas de faillite, et le raisonnement s'y produit avec la même vérité. L'hypothèque créée par l'article 490 du Code de commerce est intro-

Digitized by Google

duite au profit de la masse des créanciers, et par conséquent, dans une certaine mesure, au profit du vendeur créancier de son prix; donc on ne peut la retourner contre lui. Et puis l'objet de l'hypothèque est de prémunir les créanciers antérieurs au concordat contre les créanciers postérieurs; donc ce serait dénaturer l'hypothèque de la masse, évidemment destinée à écarter les créanciers étrangers à la faillite, que d'en armer certains créanciers de la faillite contre d'autres créanciers de la faillite, ou même contre un seul créancier!

En définitive, et dans la vérité des choses, l'hypothèque fixe *en bloc* la position respective des créanciers de la masse sans pouvoir la modifier en rien. Et c'est pour cela justement que le vendeur non payé d'un immeuble, créancier à ce titre, doit être admis à agir en résolution de la vente, sans avoir à craindre aucune fin de non-recevoir tirée de l'article 7 de la loi du 23 mars 1855. D'où suit la justification de notre proposition subsidiaire, à savoir que, même en supposant éteint le privilége du vendeur à défaut de transcription de la vente avant la faillite de l'acquéreur, l'action résolutoire survivrait, nonobstant l'article 7 de la loi de 1855 inapplicable en ce cas, et laisserait au vendeur non payé un moyen assuré d'échapper aux conséquences funestes de la déchéance.

Mais, redisons-le en terminant, cette déchéance prétendue est une pure supposition. En droit, le privilége du vendeur subsiste, nonobstant le défaut de transcription de la vente avant la faillite de l'acquéreur; la Cour de cassation donne, par son arrêt du 1er mai 1860, l'appui de sa grande autorité à cette proposition dont nous avons fait la base même de l'opinion que nous avons soutenue. C'est là que le vendeur trouve véritablement protection et sécurité complètes; car dès que le privilége subsiste, il est difficile de scinder et de ne pas maintenir à la fois le droit de préférence et l'action en résolution, qui sont les deux garanties accordées par la loi au vendeur non payé. Si la Cour de cassation n'a pas donné du premier coup au principe de son arrêt toute la portée qu'il comporte, si notamment elle n'a pas consacré le droit de préférence en faveur du vendeur, c'est peut-être parce qu'elle a statué spécialement en vue de l'action en résolution, seule en question dans l'espèce qui lui était soumise. Mais en définitive elle a rattaché le droit d'exercer

Digitized by Google

cette action au privilége même, qu'elle a considérécomme subsistant, après la faillite de l'acquéreur survenue avant la transcription du contrat de vente. Le principe est désormais posé; il est permis de penser que, le cas échéant, la Cour suprême en déduirait toutes les conséquences. PAUL PONT.

ESQUISSE DU DROIT CRIMINEL DES ROMAINS.

Par M. DE VALROGER, professeur à la Faculté de droit de Paris.

DEUXIÈME ARTICLE [1].

CHAPITRE II.

Droit pénal de Rome.

I.

En étudiant la marche du droit pénal chez les différents peuples, on rencontre trois idées dominantes qui correspondent à trois phases du développement social. D'abord apparaît, dans l'enfance des nations, le droit de vengeance aboutissant à des accommodements pécuniaires. Puis se produit l'idée religieuse de l'expiation : la religion a été la première institutrice des peuples, et c'est en général sous une forme religieuse que des principes sociaux supérieurs sont entrés dans des esprits encore grossiers. Avec le temps, ces principes se dégagent de leur enveloppe; le droit de punir descend du ciel sur la terre : à l'idée de l'expiation succède une idée politique, la nécessité de maintenir l'ordre par la répression des méfaits qui le compromettent.

Telle est la marche du droit criminel dans l'humanité. En regardant bien, on la reconnaîtra chez les Romains. Il se retrouve des traces du droit de vengeance : les Douze Tables disaient : *Si membrum rupit, ni cum eo pacit, talio esto* [2]. Le talion pour venger les attentats contre les personnes, à moins qu'il n'y ait eu arrangement entre les parties, n'est-ce pas quel-

[1] Voyez page 368.

[2] Festus, v° *Talio*. — A. Gell., XXII, 1. « Qui pacisci de talione redimendâ nollet..... » — *Inst.*, IV, 4, § 7.

Digitized by Google

que chose qui ressemble à la vengeance privée des Germains et à leur système de composition? On trouve aussi la trace d'une pénalité expiatoire : l'individu condamné à mort était, dans le vieux droit de Rome, dévoué, sacrifié aux dieux : *sacer esto* [1]. C'est ainsi qu'on immolait à Cérès celui qui avait commis certains délits ruraux [2]. Le mot même de *supplice* exprime le caractère religieux, expiatoire, qu'eut la peine de mort [3]. Mais de ces deux premières phases, qui correspondent à l'époque anté-historique du droit romain, il n'est resté que de faibles traces. Venons à des temps mieux connus.

II.

La première condition d'une bonne législation criminelle, c'est une exacte détermination des délits et des peines. A quelques moments le droit pénal de Rome se pénétra de ce principe; mais ce ne fut qu'à des moments bien courts.

Jusqu'aux Douze Tables, Rome n'avait guère eu, en matière criminelle comme en matière civile, qu'un droit coutumier. Ce droit reçut des Douze Tables une forme plus arrêtée; l'une d'elles fut consacrée au droit pénal. Mais c'était un Code bien incomplet pour les choses mêmes qui s'y trouvaient réglées.

Il ne fut pas dans la nature de la justice populaire (j'ai dit comment la juridiction criminelle passa presque entièrement au peuple) de s'enchaîner à la stricte observation des principes posés par la loi. La justice des comices n'eut guère d'autres règles que les sentiments, les passions de l'assemblée. Dans les cas où le sénat, par mesure de haute politique, se saisissait de la connaissance de quelque affaire, il ne s'astreignit pas davantage à des règles fixes; il s'inspirait pardessus tout des nécessités politiques du moment.

La règle fut remise dans le droit criminel par les lois qui organisèrent, au dernier siècle de la République, les *quæstiones perpetuæ*. En instituant ces tribunaux, les lois eurent à déterminer les délits dont la connaissance leur était attribuée, et à

[1] « Homo sacer est quem populus judicavit ob maleficium. » (Festus, v° *Sacer*. — *Id.*, v° *Leges Sacratæ* : « Quibus sancitum est quisquis adversus eas fecerit sacer alicui deorum sit. »

[2] « Frugem aratro quæsitam nocte pavisse ac secuisse puberi XII tabulis capitale erat, suspensumque Cereri necari jubebant. (Plin., *Hist. nat.*, XVIII, 3.)

[3] V. Festus, v° *Supplicia, supplicium*.

Digitized by Google

fixer les peines qu'ils pourraient prononcer. Mais ce ne fut que pour un certain nombre de délits que des *quæstiones perpetuæ* furent instituées. On sait d'ailleurs ce qu'elles devinrent sous l'empire, et comment la justice criminelle fut de plus en plus attribuée aux préfets impériaux.

Les juridictions qui se substituèrent aux *quæstiones perpetuæ* se donnèrent dans l'administration de la justice criminelle la plus grande latitude. Lorsque la compétence des *quæstiones* était si peu respectée, comment se serait-on assujetti à l'observation exacte des principes posés par les lois qui les avaient instituées? Les tribunaux auxquels la justice criminelle se trouva transportée ne se firent point scrupule d'atténuer les peines prononcées par les lois, ou de les aggraver [1]. Les lois pénales furent étendues, par des raisons d'analogie, à une foule d'autres faits [2]. Dans des cas où la législation n'offrait aucune disposition dont on pût s'autoriser, les officiers impériaux en vinrent à s'attribuer un pouvoir de répression exprimé par un mot qui en révèle le caractère : *Cognitio extraordinaria*. A côté des *crimina publica* définis par des lois, prirent ainsi place des *crimina extraordinaria* créés par une justice qui était autorisée à réprimer tout ce qui avait besoin de répression [3]. A côté de la pénalité légale, *pœna legitima*, il y eut une pénalité discrétionnaire, *animadversio extraordinaria*, qui sortait du cercle des lois pour mieux proportionner le châtiment au délit [4]. Cette latitude que se donnèrent les nouvelles juridictions criminelles s'explique par leur caractère; organes de la justice impériale, elles ne statuaient que sous le contrôle du maître; mais, sauf ce contrôle, elles participaient de son omnipotence, et n'auraient pu être enchaînées que par les règles restrictives qu'il lui aurait plu de leur imposer : or il dut être dans l'esprit du pouvoir impérial de laisser à ses officiers une latitude dont il pourrait toujours corriger les écarts [5].

[1] V. le Dig., XLVIII, 8, 3, § 5; XLVIII, 11, 7, § 3; XLVIII, 15, 8.

[2] On lit à chaque instant dans les jurisconsultes : *Eâdem lege punitur..... In eâdem causâ sunt.....*

[3] V. Rein, p. 105 et suiv.

[4] « Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit quam vult sententiam facere, vel graviorem, vel mitiorem; ita tamen ut in utroque modo rationem non excedat. » (Dig., XLVIII, 19, 13. — V. Rein, p. 287 et suiv.

[5] Il ne faudrait cependant pas croire que tout fut livré à l'arbitraire. Des

Digitized by Google

III.

Une autre condition d'une bonne législation criminelle, c'est qu'elle soit suffisamment répressive sans être inhumaine. Il n'y fut pas mieux satisfait. Sous la République la pénalité ne fut point suffisamment répressive, sans être précisément douce; sous l'Empire la répression fut fortifiée, mais en tournant à l'inhumanité.

Je me place d'abord au temps de la République.

Parmi les délits, les uns, que j'appellerai délits publics, atteignent directement l'État; les autres, que j'appellerai délits privés, ne s'attaquent directement qu'aux individus, et ne touchent l'État qu'indirectement, en raison de l'intérêt qu'il a à la répression de tout ce qui trouble le bon ordre.

Tant que dura la République, la plupart des délits privés ne donnèrent lieu qu'à des actions civiles, encore bien qu'elles eussent quelque chose de pénal en ce que la satisfaction pécuniaire pouvait dépasser la réparation du dommage. Il en fut ainsi, par exemple, pour le vol [1]. Réprimé en général par une action *in duplum*, il avait quelquefois entraîné une peine plus grave, l'*addictio*, le voleur devant être livré en punition de son méfait à la personne volée. Cette rigueur tomba en désuétude et fut remplacée par une peine pécuniaire du quadruple. Il en fut de même pour l'*injuria*, délit très-compréhensif, qui embrassait depuis ce que nous appelons l'injure jusqu'aux blessures les plus graves [2]. La loi des Douze Tables, qui avait prononcé la peine du talion, à moins d'arrangement entre les parties, tomba aussi en désuétude, et les actes de ce genre ne donnèrent plus lieu qu'à une satisfaction pécuniaire réglée par le juge. On voit que la plupart des délits privés aboutirent, sous la République, à de simples procès civils, encore bien que l'ac-

rescrits impériaux, la jurisprudence, la doctrine circonscrivirent jusqu'à certain point les pouvoirs des juges. Ainsi se forma un droit pénal, dont le fond reposait encore sur les lois qui avaient organisé les *quæstiones perpetuæ*. Mais ces lois furent modifiées par la pratique, étendues à d'autres cas, complétées par des principes nouveaux. Un droit en grande partie nouveau s'éleva ainsi, sans lois nouvelles, sur cette base. Ainsi s'explique ce que dit Ulpien : « Pœna non irrogatur, nisi quæ quâque lege vel quo alio jure specialiter huic delicto imposita est. » (Dig., L., 16, 131, § 1.

[1] Gaius, III, 189, 190.

[2] *Inst.*, IV, 4, § 7.

Digitized by Google

tion eût quelque caractère pénal. Il n'y avait alors que des faits de la plus extrême gravité, comme l'homicide, qui pussent motiver de véritables jugements criminels. Une répression si faible pour les délits privés étonne au premier abord; mais il suffit d'un peu de réflexion pour s'en rendre compte. Outre que les peuples s'élèvent lentement à l'intelligence du grand intérêt qu'a la société à une sévère punition de ces délits mêmes, il y eut une autre raison dans l'organisation judiciaire du temps. La justice criminelle avait passé dans les comices; pour les mettre en action, il fallait des faits qui touchassent le peuple directement; ou au moins, s'il s'agissait de délits privés, de faits susceptibles, par leur gravité extrême, d'exciter une émotion publique.

L'institution des *quæstiones perpetuæ* changea-t-elle les choses sous ce rapport? assura-t-elle une suffisante répression des délits privés? Il fut fait quelque progrès en ce sens; mais les lois qui organisèrent les *quæstiones perpetuæ* ayant été surtout des mesures politiques, les délits publics furent leur principal objet.

On voit que, sous la république, la justice criminelle ne fut guère qu'une justice politique. Quelles peines appliquait-elle?

Point de condamnation à la prison; on ne connaissait que l'emprisonnement préventif. Point non plus de châtiments corporels : ils étaient réservés aux esclaves; le respect qu'inspirait le citoyen en défendait sa personne. La pénalité ne consistait donc qu'en amendes, ou en peines dites capitales. Outre la mort, ce fut quelque temps la servitude, peine prononcée pour l'inaccomplissement de certains devoirs civiques. Elle tomba en désuétude[1]. Prononçait-on, à cette époque, la perte du droit de cité, l'exil? Non : un grand principe constitutionnel ne permettait pas qu'un citoyen fût dépouillé malgré lui de cette qualité[2]. On ne connaissait alors d'autre exil que celui qu'un citoyen se serait volontairement imposé pour prévenir une condamnation. Cela conduisit à prononcer la peine de mort dans beaucoup de cas qui ne justifiaient point cette peine énorme.

Il serait donc bien faux de dire, comme on l'a fait quelquefois, que les citoyens jouirent, sous la république, du privilége

[1] Cicer., *Pro Cæcin.*, 34.

[2] « Si in civitate legis vim subire vellent, non priùs civitatem quam vitam amitterent. » (Cic., *Pro Cæc.*, 34.)

Digitized by Google

de ne pouvoir être condamnés à mort. Cependant il y a quelque vérité dans cette erreur; la peine de mort devint à peu près comminatoire par l'effet d'un principe qui permettait au citoyen de prévenir sa condamnation par un exil volontaire [1]. Ce n'est pas qu'il suffît de s'éloigner momentanément pour laisser passer l'orage; l'accusé avait à déclarer solennellement son intention avant d'être condamné; après le jugement il eût été trop tard : mais jusqu'à la sentence, fût-ce au dernier moment de la procédure, il pouvait encore mettre entre l'accusation et lui la barrière de son exil. Le citoyen romain était comme un souverain qui paye assez sa faute par sa retraite. Son exil était alors solennellement sanctionné par l'interdiction de l'eau et du feu [2]. Le citoyen se retirait où il voulait; seulement, parmi les villes alliées, quelques-unes lui étaient fermées par les traités.

Ce privilége paraît se rattacher aux lois qui garantirent la liberté des citoyens, dans les premiers temps de la République [3]. Il était compté au nombre des droits les plus précieux des citoyens; Cicéron nous les montre embrassant l'exil comme un autel : *confugiunt in exilium quasi ad aram* [4]. Ce principe devait être cher au grand orateur : Cicéron lui dut son salut lorsque le parti démagogique lui demanda compte du sang de Catilina et de ses complices que le sénat, sur sa motion, avait soustraits au jugement populaire.

La faculté d'éviter une condamnation en s'exilant fut un salutaire remède aux écarts d'une justice souvent faussée par les passions. Il ôtait son glaive à la politique et permettait d'attendre le moment où, ces passions refroidies, l'exilé d'aujourd'hui pourrait faire une rentrée triomphale, comme fut celle de Cicéron. Mais appliquée en dehors des affaires politiques, une telle faculté compromettait essentiellement l'ordre, en désarmant la justice alors même qu'il s'agissait des crimes les moins dignes d'indulgence. La répression fut donc bien insuffisante au temps de la République. Voyons ce qu'elle devint sous l'Empire.

La politique continua de tenir une grande place dans la justice

[1] Ainsi se justifie ce que dit Tite-Live, I, 28 : « In aliis gloriari licet nulli gentium mitiores placuisse pœnas. »

[2] T. Liv., XXV, 4; XXVI, 3. — Cicer., *Pro dom.*, 18, 29, 30.

[3] « Lex Porcia aliæque leges paratæ sunt quibus legibus exilium damnatis permissum est. » (Sallust., *Catil.*, 51.)

[4] Cic., *Pro Cæc.*, 34.

Digitized by Google

criminelle. Seulement son esprit était bien changé : à la justice passionnée, quelquefois généreuse du peuple, avait succédé la justice froide, implacable, d'un pouvoir ombrageux.

Mais la justice impériale rendit un grand service sous un autre rapport, par une répression plus efficace des délits privés.

J'ai montré plus haut comment les officiers qui se substituèrent aux *quæstiones perpetuæ* prirent l'habitude d'appliquer *extra ordinem* une répression discrétionnaire à beaucoup de faits que la législation ne frappait point, ou frappait de peines insuffisantes. C'est ce qui eut lieu notamment pour les vols aggravés par diverses circonstances, comme l'introduction clandestine dans une maison habitée, l'effraction ; on fit de même pour le vol à main armée, pour le vol de bestiaux, et finalement pour presque tous les vols qui n'étaient pas de simples larcins [1]. L'*injuria* donna aussi lieu à une *cognitio extraordinaria* et à des peines proportionnées à la gravité du fait [2]. On voit combien la répression des délits privés fut fortifiée. Si le procédé était mauvais, le résultat n'en fut pas moins salutaire.

Malheureusement, la répression en se fortifiant tourna, comme je l'ai dit, à l'inhumanité.

Dans le droit pénal de l'Empire, la peine de mort est prodiguée; et ce n'est plus, comme au temps de la République, une peine comminatoire : sous l'Empire, la faculté qu'avait eue le citoyen d'échapper à une condamnation en s'exilant n'existe plus. Le prestige dont le citoyen avait été autrefois entouré était maintenant évanoui; à vrai dire même, il n'y avait plus de citoyens, mais des sujets qui devaient être rigoureusement contenus dans le devoir.

La peine de mort fut encore aggravée par les modes de supplice. Jamais l'exécution de la peine capitale n'avait été réglée par quelque principe fixe et constant; cette lacune de la législation donna passage, non-seulement à des supplices cruels, mais à un usage abominable : on transforma le supplice en spectacle, pour en faire l'amusement d'une populace féroce. On envoyait le condamné défendre sa vie tant qu'il pourrait comme gladiateur : *Damnatio ad ludum gladiatorium;* ou bien

[1] V. Rein, p. 314 et suiv.
[2] *Inst.*, IV, 4, § 10. — V. Rein, p. 374 et suiv.

Digitized by Google

on le réservait à la dent des lions et des tigres, auxquels furent livrés tant de chrétiens : *Damnatio ad bestias.*

Outre la peine de mort, le droit de l'Empire présente d'autres peines appelées aussi capitales, parce qu'elles entraînaient une déchéance nommée *capitis diminutio*[1]. C'était d'abord la perte de la cité, l'exil. Au temps de la République, il n'y en avait eu d'autre que l'exil volontaire, à la suite duquel se prononçait l'interdiction du feu et de l'eau. Sous l'Empire, l'exil devint une peine. Il y en eut deux sortes : la *déportation* qui enlevait le droit de cité, et la simple *rélégation* qui n'avait point cette conséquence[2]. Une autre peine capitale, était la perte de la liberté. Prononcée sous la République pour certains manquements à des devoirs civiques, puis tombée en désuétude, elle fut rétablie sous l'Empire, avec une application très-limitée[3]. Mais on imagina un nouveau genre de servitude, la servitude dite de la peine ; esclavage moral, attaché comme accessoire à certaines condamnations[4]. Il entraînait immédiatement une espèce de mort juridique[5].

Les peines capitales entraînaient la confiscation des biens[6]. La mort du coupable avant qu'il fût condamné sauvait en général ses biens de la confiscation. Mais le droit impérial en décida autrement pour celui qui se donnerait la mort dans le but d'échapper à la peine[7], et pour les coupables d'un crime dont la poursuite n'était pas arrêtée par la mort, le crime de lèse-majesté[8].

En fait de peines non capitales, le droit de l'Empire connaissait des peines infamantes et des peines afflictives.

L'infamie est, dans le droit romain, un état juridique : la perte

[1] Dig., XLVIII, 19, 2 ; L., 16, 103.

[2] Dig., XXVIII, 1, 8, §§ 2 et 3. — *Inst.*, I, 12, §§ 1 et 2.

[3] *Inst.*, I, 3, § 4 ; III, 13, 1.

[4] C'étaient la condamnation aux mines à perpétuité (Dig., XLVIII, 19, 8, § 8) et la condamnation à mort. « Qui ultimo supplicio damnantur statim et civitatem et libertatem perdunt. Itaque præoccupat hic casus mortem, et non nunquam longum tempus occupat ; quod accidit in personis eorum qui ad bestias damnantur. (Dig., XLVIII, 19, 29. — V. *ib.*, 8, § 11.

[5] Dig., L., 7, 209 ; XXXV, 1, 59, § 2 ; XLVIII, 20, 5 pr. — C'est de là que nos légistes tirèrent l'idée de la mort civile.

[6] « Damnatorum bona publicantur cum aut vita amittitur aut civitas, aut servilis conditio injungitur. (Dig., XLVIII, 20, 1 pr.)

[7] Dig., XLIX, 14, 45, § 2.

[8] Dig., XLVIII, 4, 11.

Digitized by Google

de l'*existimatio* produisait des effets déterminés par le droit [1]. Cette infamie, prononcée quelquefois comme peine principale, était plus souvent une suite attachée à certaines condamnations.

Quelles étaient les peines afflictives? Le droit romain de l'Empire, pas plus que le droit de la République, ne fit de l'emprisonnement une peine [2]; mais il pratiqua la condamnation à des travaux publics, surtout aux travaux des mines [3]. Il est aussi parlé de condamnations à ramer sur les flottes de l'État [4]; mais cette peine des *galères* ne paraît pas avoir passé en usage.

La condamnation à des travaux publics, inconnue au temps de la République, fut une innovation dont l'idée était bonne; le travail est la moralisation du coupable : mais cette peine aurait voulu une organisation meilleure. Ce qui n'avait rien de moralisant, ce qui respire un outrageant mépris de l'homme, ce sont des pénalités afflictives d'un autre genre : la fustigation ou bastonnade [5], et surtout une peine vraiment sauvage, la mutilation; on retranchait au coupable quelque membre, les pieds ou les mains. Justinien [6] trouva inhumain de couper les deux mains, les deux pieds; il voulut qu'on ne retranchât qu'un membre; la mansuétude impériale n'alla pas plus loin.

Je dois dire toutefois que ces châtiments corporels ne reçurent pas une application universelle.

Nous touchons à une autre vice du droit criminel de l'Empire : c'est la diversité des peines pour différentes classes de la société [7].

Je ne m'étonne point de trouver dans les lois d'un empire livré à la soldatesque une disposition qui exemptait l'armée des modes de supplice auxquels l'opinion attachait le plus d'ignominie. Il se conçoit bien encore, dans une société qui pratiquait l'esclavage, que les peines ne fussent pas les mêmes pour les esclaves et pour les personnes libres. Comment frapper d'amende,

[1] V. Savigny, *Tr. de dr. rom.* Trad. Guenoux, II, p. 170 et suiv.

[2] « Solent præsides in carcere continendos damnare, aut ut in vinculis contineantur; sed et eos facere non oportet; nam hujusmodi pœnæ interdictæ sunt : Carcer ad continendos homines, non ad puniendos haberi debet. » (Dig., XLVIII, 19, 8, § 9.)

[3] Dig., XLVIII, 19, 8, §§ 2 et suiv.

[4] Valer.-Maxim., IX, 15.

[5] Dig., XLVIII, 19, 10.

[6] Nov., CXXXIV, 13.

[7] « Sciendum est non omnes eâdem pœnâ adfici posse. » (Dig., 19, 9, § 11.)

Digitized by Google

de la perte de la cité, de l'exil, celui qui n'a pas de biens, qui n'a pas de cité, qui n'a pas de patrie? A ces peines qui ne pouvaient atteindre l'esclave, il fallut bien en substituer d'autres. On renchérit sur cette idée, et il passa en règle que l'esclave devait toujours être châtié plus durement que le libre[1]. Sous l'Empire cette idée perdit du terrain ; ce fut la conséquence du progrès qui adoucissait la condition des esclaves, et aussi l'effet du changement politique qui avait transformé les citoyens en sujets. En même temps que la servitude se rapprochait de la liberté, la liberté s'était rapprochée de la servitude. La pénalité devint plus uniforme pour les libres et les esclaves.

Mais alors apparaît une autre distinction, celle des gens comme il faut et des petites gens : *honestiores, humiliores;* ceux-ci soumis à certains châtiments qui n'atteignent point les autres[2]. On se demande comment un tel système put s'établir. Ce fut d'une manière graduelle. L'exemption de certaines peines fut d'abord accordée aux sénateurs ; ensuite le privilége s'étendit : il fit partie des faveurs accordées aux décurions des villes, en compensation des charges dont on les accablait[3]. On s'accoutuma ainsi à l'inégalité dans ce qui nous semble le moins la comporter. La distinction des classes une fois introduite dans la pénalité, elle s'étendit de plus en plus, et l'on arriva ainsi à l'étrange division de la société en deux parties : *humiliores, honestiores;* l'une pour qui la justice était pleine de ménagements, l'autre sur qui la pénalité pesait de tout son poids.

IV.

En voilà assez pour montrer combien le droit pénal de Rome est peu digne de figurer à côté de son droit civil.

Les énormes imperfections de l'un font un tel contraste avec la beauté de l'autre qu'on se demande d'où put venir ce contraste. Comment s'explique un droit pénal si défectueux, à côté d'un droit civil si supérieur? C'est que le droit criminel subit

[1] « Majores nostri in omni supplicio severiùs servos quam liberos..... punierunt. » (Dig., XLVIII, 19, 28, § 16.

[2] « Non omnes fustibus cædi debent solent sed..... tenuiores homines; honestiores vero fustibus non subjiciantur. » (Dig., XLVIII, 19, 28, § 2. — « Igni cremantur plerumque servi..... non nunquam etiam liberi plebei et humiles personæ. » (Dig., XLVIII, 19, 28, § 11.

[3] V. Dig., XLVIII, 19, fr. 15, 28 § 5; 9, § 12; XLVIII, 22, 6 § 2. — C. J., IX, 47, c. 3, 12.

Digitized by Google

bien plus que le droit civil l'influence de la constitution politique du pays.

Pourquoi, sous la République, la répression fut-elle si relâchée? Ce fut la conséquence du prestige exagéré qui entourait le citoyen. Pourquoi, sous l'Empire, la répression en se fortifiant, tourna-t-elle à la barbarie? C'est parce que le droit impérial ne se préoccupa que de la sûreté du prince et du bon ordre à faire régner dans la société. Rien ne fit équilibre à cette préoccupation pour maintenir les garanties individuelles les plus nécessaires; et cela, parce que le pouvoir lui-même manquait de tout équilibre. L'excès qui était dans la constitution se réfléchit dans la justice.

V.

En dépit de ces vices de la législation, l'esprit vigoureux des jurisconsultes romains ne fut pas sans se montrer dans la sphère même du droit criminel. Ils ne s'en occcupèrent pas moins que du droit civil : nous en avons pour témoignages les ouvrages nombreux dont les titres nous sont révélés par les pandectes. Il serait bien surprenant qu'ils n'eussent rien porté dans cette matière de leur haute et puissante raison.

Le droit primitif avait été dominé par le point de vue étroit des résultats matériels de l'acte [1]. Avec le temps, on s'éleva à des appréciations supérieures : on comprit que ce qui doit être envisagé par dessus tout, c'est le caractère moral des actions humaines [2].

Ils arrivèrent à des idées justes et vraies sur les causes qui peuvent justifier complétement l'accusé, et sur les circonstances atténuantes qui, sans faire disparaître la criminalité d'un acte, le rendent cependant moins coupable. Ainsi, par exemple, un esclave a-t-il cédé à l'ascendant exercé sur lui par son maître, les jurisconsultes ne voient pas là une justification pour l'esclave qui eût pu et dû résister, mais ils voient une cause d'atténuation de la peine. Réciproquement, ils reconnaissent des circon-

[1] « Neque ejus qui membrum alterius rupisset..... tantam esse habendam rationem arbitrati sunt (Decemviri) ut an prudens imprudensve rupisset spectandum putarent. » (A.-Gell., XX, 4.)

[2] « Maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguunt. » (Dig., XLVII, 2.) — « In maleficiis voluntas spectatur non exitus. » (Dig., XLVIII, 8, 14. — « Consilium uniuscujusque non factum puniendum est. (Paul, *Sent.*, V, 23, 3.)

Digitized by Google

stances aggravantes. J'ai parlé, il y a un instant, des peines prononcées contre certains vols qualifiés; la récidive est aussi regardée comme une cause d'aggravation de la condamnation [1].

Le droit romain, entré ainsi dans la voie des appréciations morales, en vint à punir non-seulement l'auteur d'un acte, mais encore le complice qui, sans y participer matériellement, s'y serait associé d'intention par des conseils, des instructions [2]. Il en vint aussi à punir non-seulement le délit consommé, mais même la simple tentative [3]. Ce n'est pas toutefois que l'on trouve dans le droit romain, formulée comme dans notre Code pénal, l'assimilation absolue du complice à l'auteur principal et de la tentative au fait consommé. Mais cette assimilation se produit dans des décisions spéciales, et sans être érigée en axiome, l'idée apparaît.

J'oserai même dire que les jurisconsultes romains entrevirent la vraie philosophie du droit pénal.

Ce n'est pas qu'ils soient jamais entrés dans ces controverses où l'on s'est engagé depuis un siècle sur les bases du droit de punir; l'esprit pratique des Romains ne soupçonna pas que le droit de punir pût être contesté à une société : à leurs yeux, la répression pénale se justifiait par sa nécessité. En partant de là, ils attribuaient aux peines un caractère exemplaire [4]; le but était surtout d'exercer une intimidation salutaire : d'abord sur le coupable lui-même, pour le détourner de recommencer [5]; puis sur ceux qui seraient tentés de l'imiter [6].

Ce principe de l'intimidation est en effet la vraie base de la pénalité. Mais il veut être balancé par un autre principe : si les peines ont l'utilité publique pour fin, elles doivent avoir la justice pour mesure. On ne fut pas sans entrevoir cette limite de la pénalité : on proclama que la peine devait être propor-

[1] V. Dig., XLVIII, 19, 28, § 3; XXXVII, 14, 1. — C. I., I, 4, 3.

[2] V. Rein, p. 183 et suiv.

[3] V. Rein, p. 122 et suiv.

[4] « Vindicet, in exemplum. » (Dig., XLVIII, 3, 6, § 1.)

[5] « Ne quid et aliud postea tale facere moliatur. » (Dig., XLVIII, 3, 6, § 1.)

[6] « Ut deterreantur alii ab iisdem facinoribus. » (Dig., XLVIII, 19, 28, § 15.) — « Exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit. » (Dig., XVI, 3, 31 pr.) — « Unius pœna metus possit esse multorum. » (C. I, IX, 20, 7. — « Ne ex hujusmodi impunitate..... tale facinus à quibusdam pertentetur. » (*Inst.*, IV, 1, 8.)

Digitized by Google

tionnée au caractère moral de l'acte[1]; mais l'esprit de la constitution ne permit à l'idée de porter ses fruits.

Peut-être même les jurisconsultes romains entrevirent-ils qu'une bonne législation doit tendre à l'amendement du coupable[2]. Mais si cette pensée fut conçue, elle resta stérile. Nul effort pour faire de la peine un moyen de régénération morale. Le paganisme était incapable de s'élever à la conception du système pénitentiaire, dont l'idée appartient à l'Église.

Le droit romain resta comme incertain, vacillant, sur un des principes établis avec le plus de netteté, le plus de fermeté dans notre législation actuelle; je veux parler de la distinction de la peine à prononcer au point de vue de l'intérêt social, et de la réparation à accorder à la partie lésée, au point de vue du dommage qu'elle a éprouvé.

Cette distinction de deux genres d'actions pour deux genres d'intérêts à satisfaire n'est certainement point étrangère au droit romain. Mais elle ne se formula jamais en une théorie nette et ferme. Elle se liait à un ordre de questions qui embarrassa on ne peut plus les jurisconsultes romains, le concours de diverses actions naissant d'un même fait. Sur ce conflit d'actions, on ne trouve dans le droit romain que des textes particuliers qui ne me paraissent pas susceptibles d'être ramenés à un système clair. M. de Savigny[3] n'a pu expliquer ces textes qu'en supposant des oppositions d'écoles et des variations dans les doctrines des diverses époques. D'autres auteurs allemands[4] ont combattu avec succès les idées de M. de Savigny, mais pour y substituer d'autres explications qui ne me satisfont pas davantage.

Le principe de notre Code est une de ces vérités lumineuses qui, une fois formulées, saisissent l'esprit; on a peine à croire qu'elles n'aient pas toujours brillé de la même clarté; et cependant l'histoire les montre se dégageant peu à peu à la suite de longs tâtonnements. L. DE VALROGER.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

[1] « Ne major pœna quam culpa sit. » (Cic., *De off.*, I, 25.) — « Ne delictis supplicia sint graviora. » (Senec., *De irâ*, II, 6. — « Perspiciendum est judicanti ne quid aut duriùs aut remissiùs constituatur quam causa deposcit. » (Dig., XLVIII, 19, 11, pr.)

[2] « Pœna constituetur in emendationem hominum. » (Dig., XLVIII, 19, 20.)

[3] *Traité de droit rom.* (Trad. Guenoux.) V. p. 220 et suiv.

[4] V. Rein, p. 251 et suiv.

Digitized by Google

DES DONATIONS AVEC TERME.

Par M. Armand Bonnet, conseiller à la Cour impériale de Poitiers, correspondant de l'Académie de législation de Toulouse.

1° La matière des donations à terme présente une série de difficultés que nous nous proposons d'examiner dans cet article.

2° Donation à terme! L'esprit a d'abord quelque peine à comprendre qu'un acte emportant, de sa nature, nécessité d'un dessaisissement *actuel* et irrévocable de la part de celui qui s'oblige, se puisse concilier avec l'idée d'ajournement. La difficulté n'est qu'apparente. Elle s'évanouit devant cette simple observation formulée par Dumoulin sur l'article 219 de la coutume du Bourbonnais : *In donatione sunt duo, dispositio et executio. Dispositio statim ligat, licet executio habeat tractum.*

Aussi n'a-t-il jamais été sérieusement mis en doute qu'un terme puisse être apposé à une donation entre-vifs. Rien, dans les conditions imposées par l'article 894 du Code Napoléon, qui ne compatisse parfaitement avec cette règle de droit, sagement reproduite par l'article 1185. La stipulation d'un terme n'empêche pas le transport de l'objet donné d'être immédiat et définitif. L'exécution seule est suspendue. Il sera même indifférent que cette exécution soit renvoyée à une époque où le donateur aura cessé de vivre : *Licet habeat tractum* AD MORTEM.

Aucun doute n'est possible quand la donation porte sur un *corps certain*, meuble ou immeuble; car il est évident que l'objet donné fait partie des biens présents. S'il se retrouve dans la succession du donateur, le donataire le reprendra en nature. S'il a été aliéné ou s'il a péri, le donataire aura, dans le premier cas, son recours contre les héritiers du disposant pour en obtenir la réparation du préjudice causé par le mépris de la foi promise. Dans le second, il l'aura encore, ce recours, ou il en sera privé, suivant les distinctions établies par l'article 1302 du Code Napoléon. La disposition paraît se confondre, dans cette première hypothèse, avec celle faite sous réserve d'usufruit, textuellement autorisée par le Code (art. 949).

3° La difficulté ne commence qu'au cas où la libéralité porte sur une somme d'argent ou embrasse des choses fongibles. Et dans cette hypothèse encore, nous disons sans distinction aucune : On peut valablement donner entre-vifs une somme d'ar-

Digitized by Google

gent, des choses fongibles, et renvoyer l'exécution ou la jouissance à l'époque de sa mort. Mais il faut pour cela que le droit du donataire soit irrévocablement formé, c'est-à-dire qu'il ne demeure subordonné à aucun événement dont la réalisation, *purement dépendante de la volonté du donateur*, en puisse opérer la caducité.

Ainsi, je donne à Pierre 10,000 francs, *dont il ne pourra exiger le payement qu'à ma mort*. Il y a donation entre-vifs valable. Pourquoi? « Parce que tous mes biens en sont chargés, soit que je les aie encore au jour de mon décès, soit que j'en aie disposé pendant ma vie [1]. » Ce droit, qui n'est après tout qu'un droit de créance, qu'un droit *ad pecuniam*, est irrévocablement formé. Le payement seul est suspendu. Toutes les dispositions que j'aurais pu faire depuis ma donation n'en sauraient amener l'anéantissement. Le moyen de le réaliser a pu seul en souffrir.

Au lieu de cela, je déclare donner 10,000 francs *à prendre sur les plus clairs deniers de ma succession ou sur les biens que j'aurai au jour de mon décès*. C'est une donation de biens *à venir*, nulle en principe (art. 943), et ne pouvant être validée qu'à la condition d'être insérée dans un contrat de mariage (art. 947, 1082). C'est une donation de biens à venir. Pourquoi? « Parce que tout le droit du donataire étant limité aux biens que je laisserai à mon décès, je reste maître de disposer pendant ma vie de tout ce qui m'appartient. Je suis aussi libre de vendre, engager, hypothéquer pendant ma vie que si je n'avais pas précédemment donné [2]. »

Cette dernière solution, qui n'a pas rencontré de contradiction bien sérieuse dans la doctrine des auteurs [3], et qui s'appuie sur un arrêt de Metz du 5 août 1819, confirmé par la Cour

[1] Cochin, t. IV, in-4°, p. 395.

[2] Cochin, l. c.

[3] M. Duranton, t. VIII, 38 et 458, n'est pas absolument contraire. Il se borne, ainsi que l'avait fait Grenier lui-même, à faire remarquer que les circonstances devront influer sur les décisions à rendre en cette matière, ainsi qu'en témoignent au surplus les arrêts suivants qu'on pourra consulter avec fruit : Rej., 29 décembre 1823; Sir., 24, 1, 106; Dall., 24, 1, 20; Riom, 25 janvier 1825; Sir., 27, 2, 26; Dall., 27, 2, 12; Rouen, 9 décembre 1825; Sir., 26, 2, 244; Dall., 26, 2, 144; cass., 6 août 1827; Sir., 27, 1, 428; Dall., 27, 1, 453; Bourges, 1er juin 1829; Sir., 29, 2, 255; Dall., 29, 2, 299; rej., 22 avril 1817; Sir., 18, 1, 52; Dall., 17, 1, 468.

Digitized by Google

suprême le 1er mars 1821 [1], et sur deux arrêts de rejet des 25 janvier et 5 novembre 1839 [2], est en tous points conforme aux principes enseignés par Cochin à la page 395 du tome IV de ses œuvres, et à trois arrêts de l'ancienne jurisprudence, des 12 février 1734, 17 avril 1835 et 21 mai 1737. Ces décisions sont d'autant plus remarquables, que les donations qui les ont motivées se trouvaient accompagnées de la clause expresse de l'affectation hypothécaire de tous les biens *présents et à venir* des donateurs, et même de la réserve d'usufruit. Ces circonstances n'avaient pas paru suffisantes pour effacer le vice radical d'une donation à prendre *sur la succession du donateur*.

De tout temps, en effet, les auteurs et la jurisprudence ont distingué le cas où la donation a été faite avec simple ajournement de l'*exigibilité* à une époque déterminée, de celui où le donateur a voulu que l'émolument en fût pris sur les biens qu'*il laisserait à son décès*. Dans cette dernière hypothèse, la donation ne peut être assimilée qu'à une disposition testamentaire, révocable jusqu'à l'ouverture de la succession sur l'actif de laquelle l'émolument doit en être recueilli, et frappée de caducité si le donataire décède avant le donateur. Rien de plus simple en effet : le donataire, dans ce cas, ne pourra venir qu'après tous les créanciers du donateur. Il ne recueillera qu'autant qu'après le payement de ceux-ci il resterait encore quelque chose. On devra lui faire l'application de la maxime : *Non sunt bona nisi deducto ære alieno*. Donc la disposition est nulle en principe (943), et ne pourrait valoir qu'en contrat de mariage (1082).

4° Il en est autrement lorsque, comme dans notre première hypothèse, le donataire devient, dès le moment de la donation, créancier comme un autre; que le donateur, disposant entre-vifs, saisit à l'instant le donataire du droit qu'il lui confère; qu'à partir de ce moment ce droit est placé en dehors de la propriété du donateur, suivant la règle élémentaire : *donner et retenir ne vaut*. Si le donateur réserve la jouissance de la chose donnée, la nue propriété de celle-ci n'en est pas moins acquise au donataire [3]. Qu'on ne perde pas de vue, en effet, que la do-

[1] Sir., 21, 2, 7; 1, 234.

[2] Dall., 39, 1, 250; 40, 1, 20.

[3] V. Paris, 27 décembre 1834 (Dalloz, vis *Disp. ent.-v.*, n° 1346). Il résulte de cet arrêt que la donation par *cont. de mar.* à la future d'une somme

Digitized by Google

nation entre-vifs d'une somme *payable au décès du donateur* a pour objet, non point des deniers, des espèces, mais, ainsi qu'il a été dit, une créance qu'elle confère *actuellement* et *irrévocablement.*

Actuellement! car le donateur est, dès ce moment, débiteur, et le donataire créancier. Le terme, en effet, ne suspend point l'engagement dont il se borne à retarder l'exécution (1185).

Irrévocablement! car le donateur ne peut pas plus se délier de cet engagement que de tout autre. Il est débiteur des sommes données comme il pourrait l'être de celles par lui empruntées.

Objecterait-on que le donateur sera toujours libre de rendre impossible l'exécution de la donation en dissipant son bien et en réduisant ainsi à néant le droit du donataire, en lui enlevant jusqu'à la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice causé par le mépris de la foi promise? Nous répliquerions que l'impossibilité d'exécuter une obligation ne reflue pas sur sa formation, et n'empêche pas qu'elle ait pu être valablement stipulée; que si la donation est mise à néant, c'est *en fait*, et non point *en droit*, choses essentiellement distinctes; que si, matériellement, la donation est révoquée, juridiquement parlant elle subsiste encore. En fait, le donataire pourra être privé de son émolument; mais, *en droit*, sa créance existe, et cela suffit. Ce n'est point ici une vaine distinction : l'action personnelle du donataire conserve toute sa vertu. Le lien de droit subsiste toujours; et si l'héritier du disposant a eu l'imprudence de ne pas user du bénéfice d'inventaire, les conséquences de ce lien de droit se feront sentir sur ses biens personnels, qui se trouveront, par le seul fait de la saisine légale (art. 724, 2092), affectés à l'exécution, ni plus ni moins que s'il s'agissait d'une créance ordinaire résultant d'un prêt, par exemple.

Remarquons d'ailleurs que l'anéantissement des effets de la donation n'est pas, autant qu'on le pourrait supposer, à la discrétion du donateur. Si celui-ci cherchait à soustraire ses biens à l'exécution de l'engagement qu'il a souscrit, le donataire, nonobstant le délai stipulé pour le payement, trouverait incontestablement dans son droit et dans la loi (art. 1088 C. Nap.,

d'argent, exigible seulement au décès du donateur et avec réserve d'usufruit au profit de ce dernier, est irrévocable et doit produire effet, bien que le donataire soit décédé avant le donateur.

Digitized by Google

444 C. comm.) la possibilité de se soustraire au bénéfice du terme. Si ce terme, en effet, laisse au donateur la possibilité de dissiper ou d'anéantir sa fortune et de rendre sa libéralité illusoire, ce n'est point là une condition dont l'exécution dépende de la seule volonté du donateur dans le sens de l'article 944; parce que ce ne serait, le plus habituellement, qu'à l'aide d'une fraude que le donateur dénaturera sa fortune, et que la fraude, de la part de celui qui s'oblige, ne le saurait soustraire à tous les effets des obligations qu'il a contractées. La fraude, en effet, fait exception à toutes les règles du droit. Elle peut toujours être attaquée, et les actes qui en sont entachés frappés d'annulation (art. 1167).

C'est ce qu'a très-nettement et fort exactement jugé, le 25 août 1851, le tribunal de Châtellerault par une décision fortement motivée et rapportée dans Dalloz, 1851, 3e partie, p. 64[1]. C'est ce qu'avait également décidé la Cour de Toulouse, le 20 mars 1841[2], en jugeant que lorsqu'une donation par contrat de mariage a été souscrite par une mère à sa fille à titre de dot, et qu'un terme a été indiqué pour le payement, la donataire n'a pu, dans l'intervalle, aliéner frauduleusement les biens qui formaient la garantie de la dot promise, et que les époux ont le droit de réclamer le maintien des garanties dont on voudrait ainsi les priver par l'effet de manœuvres dolosives.

5° Ces principes ont cependant trouvé des contradicteurs. Plusieurs systèmes se sont produits.

Les plus radicaux dénient d'une manière absolue toute validité à la donation d'une créance avec ajournement pour l'exigibilité à la mort du donateur[3]. Il est vrai que pour ceux-ci le mal causé au donataire ne serait pas sans remède. Si la donation ne vaut pas comme donation de créance, un résultat analogue, presque identique, peut être atteint d'une manière oblique et détournée. Il suffit pour cela de changer le point de vue. Nulle en tant que donation directe de créance, la disposition vaudra comme donation *actuelle* avec réserve d'usufruit. Nous avons réfuté ce système dans notre traité *Des dispositions par*

[1] V. aussi Agen, 7 juill, 1847 et 10 juin 1851 (Devil., 47, 2, 454; Dall., 51, 2, 228).

[2] Dalloz, vis *Disp. ent. v.*, n° 1949.

[3] M. Demante, professeur à la Faculté de droit de Toulouse, *Revue critique*, 1852, p. 556 et suiv.

Digitized by Google

contrat de mariage, etc. (t. I, p. 153 et suiv.), où pourront se reporter les personnes qui auraient besoin de plus amples explications.

6° D'autres auteurs se bornent à distinguer le cas où la donation a été accompagnée d'une affectation hypothécaire de celui où cette garantie fait défaut. Dans le premier, ils reconnaissent à la disposition le caractère de donation entre-vifs qu'ils lui refusent dans le second. Cette distinction n'a rien de juridique. Elle repose sur une véritable confusion du fait avec le droit, de la disposition avec son exécution, de la créance avec le payement. Nous croyons l'avoir réfutée d'avance en faisant ressortir la différence capitale qui se remarque entre choses de nature si diverse. Aussi, malgré l'imposante autorité de Grenier, qui l'avait proposée dans sa première édition (il l'a répudiée dans la troisième), de MM. Vazeille, sur l'article 943; Taulier, t. IV, p. 219; Tessier, *De la dot*, t. I, p. 57; Championnière et Rigaud, *Dict. d'enregistrement*, 4, n° 2798, qui lui donnent leur approbation, est-elle demeurée sans appui dans la jurisprudence. Elle a été formellement repoussée par un arrêt de cassation du 8 juillet 1822[1], par ce motif aussi décisif qu'il est simple, que le défaut de sûreté et de garantie est insignifiant pour l'existence du droit.

Tenons donc pour certain que la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur n'a rien d'incompatible avec la règle : *Donner et retenir ne vaut;* que pareille donation subsiste par elle-même indépendamment de toutes stipulations propres à en assurer l'exécution; que le droit naît du seul fait de l'engagement du donateur, et abstraction faite des garanties dont il a pu convenir aux parties de l'entourer. La constitution d'une hypothèque peut bien lui donner une efficacité qui lui manquerait sans cela, mais elle ne la crée pas. Il préexiste à toute affectation hypothécaire, et si stérile qu'il puisse être en définitive, ce n'en est pas moins un droit positif, dès à présent susceptible de transmission; une charge, dès à présent certaine et irrévocable dont le donateur a grevé ses biens, qui pèsera, quoiqu'il arrive, sur son hérédité, non point à la façon de la

[1] V. Dalloz, v° *Enregistrement*, n° 3795. V. aussi, n°s 3796 à 3802, d'autres décisions de la Cour suprême des 15 mars 1825, 17 avril 1826, 3 décembre 1828, 8 décembre 1831, 20 mars 1833, 28 janvier 1839, 17 janvier 1843, qui statuent dans le même sens.

Digitized by Google

donation de biens à venir ne créant qu'une espérance dont la réalisation reste à la discrétion du disposant, toujours maître (hors le cas de la donation par contrat de mariage, 1082, 1083) de ne rien acquérir ou d'aliéner, ainsi qu'il l'entend, les biens qu'il a déjà, mais à l'égal des engagements ordinaires.

7° Cela posé, et étant désormais admis que la donation de sommes *payables après la mort du donateur* est valable sans distinction du cas où elle a été accompagnée d'une affectation hypothécaire de celui où cette garantie fait défaut, que devrait-on décider dans l'hypothèse suivante :

Primus fait à Secundus donation d'une somme d'argent *payable après sa mort*. Plus tard il dispose dans la même forme d'une autre somme au profit de Tertius, mais avec affectation hypothécaire. Après le décès du donateur, et liquidation faite de la succession, il ne reste pas de quoi satisfaire les deux donataires. A qui, du premier ou du deuxième, devra être accordée la préférence? A celui-ci, qui se prévaut d'une inscription hypothécaire qui manque à celui-là, ou bien à ce dernier, qui invoque l'antériorité de son titre?

Cette question, qui s'est présentée le 18 juin 1859 devant la Cour de Limoges, peut être envisagée sous deux points de vue différents, et recevoir des solutions diverses, suivant que la première disposition a été insérée dans un contrat de mariage ou qu'elle a été souscrite en dehors de ce contrat. Elle n'a pas seulement pour elle l'attrait de la nouveauté; elle intéresse encore, sous quelque aspect qu'on l'envisage, par la gravité des difficultés qu'elle soulève. Ces difficultés naissent du conflit des principes différents qu'elle met en présence, ceux relatifs aux obligations ordinaires et ceux qui régissent la donation entre-vifs en particulier. Est-ce comme créances ordinaires qu'il faut traiter celles dont il est ici parlé? N'est-ce pas plutôt par les règles écrites pour les donations qu'il faut résoudre la question posée? En d'autres termes, est-ce à la qualité des créances qui sont en concours qu'il faut s'attacher? Faut-il, au contraire, ne tenir compte que de leurs dates respectives? C'est à ce dernier parti que s'est arrêtée la Cour de Limoges dans une espèce où la première donation avait eu lieu par contrat de mariage, et où la seconde avait été accompagnée d'une affectation hypothécaire qui manquait à son aînée. Voici les motifs de sa décision :

Digitized by Google

« Considérant que par le contrat de mariage d'Armand Toulzac, en date du 18 mars 1853, la demoiselle Marguerite Toulzac fit à celui-ci donation irrévocable pure et simple entre-vifs d'une somme de 5,000 francs payable après sa mort; que par autre acte, du 18 novembre 1854, ladite demoiselle a fait donation pure et simple entre-vifs, à Vigne-Salvagnac, d'une somme de 22,000 francs, également payable après son décès, *mais avec affectation hypothécaire sur ses biens;* qu'il s'agit de savoir à laquelle des donations, en présence de l'insuffisance de l'actif de la succession pour les acquitter, il faut donner la priorité de payement; si la donation hypothécaire doit passer avant la donation sans hypothèque, bien que postérieure en date;

« Considérant que toute donation entre-vifs dessaisit le donateur, au profit du donataire, de la chose donnée, si elle est livrée, du droit d'en disposer au profit d'un autre, s'il en conserve la possession et jouissance, et confère un droit *ad rem* irrévocable; que décider le contraire serait renverser tous les principes en matière de donation entre-vifs, et consacrer le droit pour un donateur de défaire ce qu'il a fait irrévocablement, par un caprice de sa volonté; que l'hypothèque, ajoutée à la donation, ne change pas la nature du droit; que *s'il n'y avait pas d'hypothèque, il n'est pas contestable que la première donation serait préférée à la seconde;* qu'en matière de libéralité, il faut avant tout, pour leur exécution, se pénétrer des principes spéciaux qui les régissent, plutôt que de ceux qui régissent les principes hypothécaires; que les principes du droit hypothécaire ne doivent recevoir d'application qu'après que ceux spéciaux, relatifs à la matière des donations, ont été consacrés et respectés; que les principes qui gouvernent l'accessoire du droit, l'hypothèque, ne peuvent prévaloir sur le droit lui-même, la donation; qu'avant de savoir si l'hypothèque doit produire quelque effet, il faut savoir si la donation elle-même peut sortir à effet; que c'est en oubliant cette règle de droit que, se préoccupant trop de l'hypothèque, qui est l'accessoire, on voudrait donner la préférence à la seconde donation sur la première, comme s'il s'agissait d'une obligation, d'une créance ordinaire, où la préférence dérive, non *de la date* du titre, mais de *sa qualité de privilégiée ou d'hypothécaire,* indépendamment de la date, ce qui n'est pas applicable aux donations, aux libéralités

Digitized by Google

entre-vifs, ainsi qu'il résulte de l'article 923 du Code Napoléon, *qui n'est que l'application du principe de l'irrévocabilité des donations dans une hypothèse qui n'est que la manifestation de la pensée de la loi;*

« Que si le système de préférence tiré de l'hypothèque conférée pouvait être admis, ce serait donner au donateur le droit de rapporter, en faisant une donation avec hypothèque, une donation antérieure non assortie d'hypothèque; ce serait dire que la préférence des donations résultera des garanties qui y auront été attachées; ce serait appliquer aux donations les principes des obligations, au détriment des principes spéciaux aux libéralités, desquels il résulte que le donateur est dessaisi, et ne peut plus rien faire sur *la chose donnée*.....

« Considérant que la donation du 18 mars 1853 a été faite en faveur et considération du mariage, pour en soutenir les charges; que cette donation a incontestablement le caractère à titre onéreux, formant une véritable constitution de dot au profit des futurs époux; que la donatrice et sa succession sont tenues à la garantie, en raison de la nature même de cette libéralité; que la donation du 18 mars est donc véritablement une *dette* de la succession de la demoiselle Toulzac; que l'acquittement des dettes doit avoir lieu avant celui des *libéralités*, même assorties d'hypothèque; que, d'un autre côté, le sieur Vigne-Salvagnac, bénéficiaire de la donation du 18 novembre 1854, est l'ayant cause de la demoiselle Toulzac; qu'il ne peut donc faire ce qu'elle n'aurait pas pu faire elle-même, c'est-à-dire faire tomber la première donation du 18 mars 1853; que, sous tous ces points de vue, la donation du 18 mars 1853 doit passer avant celle du 18 novembre 1854, qui n'est pas faite en faveur du mariage. »

8° La Cour, on le voit, envisage la question du double point de vue où nous nous proposons de l'examiner nous-même : du point de vue des donations ordinaires et de celui où la première des dispositions a été faite en faveur de mariage, et elle aperçoit des raisons de décider en faveur de celle-ci, dans l'une aussi bien que dans l'autre hypothèse. Nous avons un sentiment différent Nous ferons ici une distinction que n'a pas faite le rédacteur de l'arrêt, n'apercevant dans la circonstance de l'insertion de la première libéralité en contrat de mariage qu'un motif de plus de décider.

Digitized by Google

La première partie de l'argumentation de la Cour se peut réduire à ces termes :

La première disposition doit prévaloir sur la seconde, parce qu'elle lui est antérieure, et que nous sommes ici en matière de donation. Nous croyons au contraire que, dans les cas ordinaires, c'est la seconde qui doit l'emporter sur la première, par la raison que les choses données sont des *créances*, et qu'ici c'est au fond même des choses qu'il faut s'attacher, plutôt qu'à la forme que se trouvent revêtir les titres constitutifs de ces créances.

La démonstration de cette vérité résulte déjà en partie, suivant nous, des développements dans lesquels nous sommes précédemment entrés au sujet des principes de la donation dont il est ici parlé. Elle va trouver son complément dans la réponse aux considérations dont nous entreprenons la réfutation.

Tout nous paraît rouler ici sur une équivoque, ou, si on l'aime mieux, sur une fausse idée du véritable caractère de la donation spéciale, *sui generis*, dont il est ici question. On raisonne comme s'il s'agissait de donations ordinaires, tandis que, dans le vrai, il ne s'agit que de la constitution au profit du bénéficiaire, non point d'un droit réel, d'un droit sur une chose dont on aurait retenu l'usufruit, tout en en abandonnant dès à présent la propriété, mais de la constitution d'un *jus ad rem*, d'un droit *ad pecuniam*, d'une action personnelle. Nous ne voulons pour preuve de l'erreur ou de la confusion que nous signalons ici, que cette raison donnée par l'arrêt dont nous entreprenons la réfutation. En décider autrement « serait appliquer aux donations les principes des obligations, au détriment des principes spéciaux aux libéralités, desquels il résulte que le donateur est *dessaisi* et ne peut plus rien faire *sur la chose donnée.* »

Qu'est-ce à dire? Le donateur est *dessaisi*. Il a perdu le droit de disposer *de la chose donnée!*.... Sans doute il est *dessaisi;* mais dessaisi de quoi? d'une chose déjà livrée? Non; rien de semblable n'a eu lieu. C'est un simple droit personnel qu'il a transmis; le droit de réclamer une somme d'argent de ses héritiers; droit qu'il a le devoir de respecter sans doute; qu'il lui est interdit de réduire à néant par un effet de sa volonté *dolosive*, ainsi que nous l'avons précédemment établi, mais droit dont l'efficacité reste subordonnée à tous les actes auxquels il

Digitized by Google

pourra se livrer *sans fraude*. La fraude! elle fait exception à toutes les règles. Mais du moment qu'elle n'était pas alléguée devant la Cour; qu'il n'était pas articulé que la deuxième donation avait eu lieu en vue de préjudicier à la première, l'examen des magistrats aurait dû se borner à ce point unique : Oui ou non, le droit conféré au premier donataire avait-il été conservé intact? le droit de réclamer la somme objet de la libéralité était-il demeuré entier, abstraction faite des moyens de le réaliser? Il faut se bien garder, en effet, de confondre en cette matière l'existence même du droit avec son efficacité.

Cette créance, — car ce n'est que cela, — cette créance pourrait-elle donc, parce qu'elle découle d'une donation, parce qu'elle revêt le caractère lucratif, pourrait-elle donc être traitée plus favorablement qu'une créance ordinaire? Elle est irrévocable sans doute, en ce sens que le donateur ne peut pas l'anéantir directement. Mais le droit du prêteur découlant de l'obligation personnelle contractée par l'emprunteur serait-elle donc d'une condition moins favorable? Est-ce qu'il est plus au pouvoir du débiteur qu'il n'est en celui du donateur de l'annihiler? Non. Cependant, ce caractère d'immutabilité qui s'attache aussi à la dette du débiteur ordinaire, n'enlève pas à celui-ci la faculté de contracter de nouvelles obligations, qui pourront concourir avec elle ou même lui être préférées, suivant qu'elles se trouveront, comme elle, dépourvues de toute garantie hypothécaire, ou qu'elles seront fortifiées par des sûretés qui ont été refusées à celle-ci. Comment le donateur qui, dans notre hypothèse, n'est que le débiteur de son donataire, serait-il privé de la même faculté?

Ce sont des obligations à titre onéreux qu'a contractées en second lieu le donateur, et il l'a fait sans fraude. Il y aura peut-être à examiner si, les sûretés étant diminuées, ce n'est pas le cas de retirer au débiteur le bénéfice de son terme. Mais aucune intention dolosive n'étant alléguée, la pensée ne viendrait à personne assurément de provoquer l'annulation de ses engagements postérieurs. Leur effet pourra bien être de paralyser l'exécution de la donation comme ils paralyseraient celle de la créance ordinaire, qui leur serait également antérieure, mais ils laissent sans atteinte l'irrévocabilité de la disposition, et cela suffit.

Au lieu d'obligations à titre onéreux, c'est une nouvelle libé-

Digitized by Google

ralité qu'a souscrite le donateur; au lieu d'un emprunt considérable contracté pour la satisfaction de ses besoins personnels ou de ceux de sa famille, c'est une seconde libéralité qu'il a consentie en faveur de l'un de ses proches avec affectation hypothécaire, à l'effet d'en mieux assurer l'exécution. Pourquoi le résultat ne serait-il plus le même que dans l'hypothèse précédente? On nous répond que c'est une dette qu'a contractée le donateur envers son premier donataire, et que l'acquittement des dettes doit passer avant celui des libéralités, même assorties d'hypothèque. Nous ne nions pas le principe, mais nous en contestons l'application à l'hypothèse dans laquelle a d'abord raisonné la Cour, et, qu'à son exemple, nous examinons en premier lieu. Le donataire, il est vrai, est constitué créancier du donateur, mais créancier à titre lucratif, *certat de damno vitando*, et ce n'est pas pour lui qu'a été faite la maxime qui nous est opposée. On comprend que des légataires ne viennent qu'après des créanciers ordinaires. On comprend même qu'on leur préfère des donataires de sommes d'argent payables après la mort du donateur, par la raison que les légataires n'ont que la succession pour obligée, quand les donataires, aussi bien que les autres créanciers, ont contracté avec le *de cujus*, qui les a saisis de son vivant du droit dont ils se bornent à réclamer l'exécution après sa mort. Mais quand le concours se trouve exister entre donataires ordinaires, c'est-à-dire entre personnes de même condition, luttant les unes aussi bien que les autres pour s'enrichir, on rentre forcément dans le droit commun, n'admettant d'autre cause de préférence que celle déduite de la qualité de la dette.

Nous comprendrions qu'il fut allégué que, dans le cas particulier, il y a *eventus damni* pour le donataire et *concilium fraudis* chez le donateur. Nous comprendrions qu'on prétendît qu'ici l'intention dolosive résulte de la nature même de l'acte; que s'il est naturel que l'homme qui a déjà disposé à titre gratuit, en faveur de l'un de ses proches ou d'un ami particulier, d'une somme d'argent payable après sa mort, souscrive encore des engagements à titre onéreux, des ventes ou des emprunts commandés par la nécessité de ses affaires, il l'est beaucoup moins qu'il souscrive de nouvelles libéralités, qui, sans bénéfice pour lui, ne sont qu'une cause de ruine pour les créanciers de sa succession. Nous comprendrions ce langage; nous aurions

Digitized by Google

compris que devant la Cour de Limoges on eût argué la deuxième donation de dol et de fraude, qu'on en eût demandé la révocation pour cette cause. On se serait alors trouvé en présence de la grave question de savoir si, quand l'attaque est dirigée contre un acte à titre lucratif, quand la paulienne s'adresse à une disposition gratuite, il lui suffit d'alléguer le dol sans se mettre en peine de le prouver. Cette question, étrangère à la matière de cette étude et que, quant à nous, nous n'hésitons point à résoudre par la négative, n'était pas dans la cause. Ce n'est pas de cela qu'il s'agissait devant la Cour de Limoges. Le moyen n'était pas invoqué. Il ne pouvait pas l'être. C'est en dehors de cet ordre de considérations que s'agitait le débat et qu'ont été puisées les raisons de décider.

L'arrêt invoque en faveur du droit de préférence qu'il attribue à la première donation l'article 923 du Code Napoléon, qui veut que *la réduction des donations excédant la quotité disponible* s'opère en remontant des dernières aux plus anciennes. Comment ne pas voir que cette disposition législative est étrangère au cas particulier qui nous occupe, qu'on n'y saurait apercevoir cette sanction de la règle de l'irrévocabilité des donations que l'arrêt se plaît à y découvrir. Ce n'est point, ainsi que le suppose à tort son rédacteur, parce que toute donation entre-vifs est irrévocable de sa nature que l'ordre des préférences se détermine entre plusieurs libéralités émanées d'une même personne par celui de leurs dates respectives. Ce qui le prouve, c'est que les donations entre époux, à qui manque ce caractère d'irrévocabilité (1096), ne sauraient être atteintes par voie de retranchement, d'après le sentiment de nos meilleurs auteurs, qu'après les donations *irrévocables* qui leur seraient postérieures.

La raison de la règle posée par l'article 923 est ailleurs. Elle tient tout simplement à ce que les donations souscrites dans les limites du disponible étant irréprochables, tandis que celles qui n'ont eu lieu qu'après épuisement de cette quotité sont seules sujettes à critique, c'est sur ces dernières que doit naturellement porter l'attaque des héritiers à réserve.

C'est bien à cela en effet, et à cela seulement, que se borne la disposition de l'article 923. C'est une question de *réserve* ou de réduction en cas d'excès de la réserve qu'il a voulu régler, et rien de plus. Or, si le législateur s'est abstenu de poser aucune règle particulière pour le cas spécial de concours entre deux

Digitized by Google

donations de sommes payables après le décès du donateur, et également renfermées dans les bornes du disponible, nous en devons naturellement conclure qu'il a entendu laisser cette hypothèse sous l'empire du droit commun, de la règle générale prenant la *qualité* des créances pour base de la préférence à établir entre elles. Ainsi limitée, la règle de l'article 923 se comprend aisément. On ne la comprendrait plus en dehors du cas exceptionnel pour lequel elle a été écrite.

Quand la faculté de disposer n'a chez le père de famille d'autres limites que celles de son patrimoine, il n'y aurait pas de raison de fixer entre les diverses libéralités un autre ordre de préférence que celui déterminé par le droit commun, et reposant sur la règle de justice et de bon sens, *jura prosunt vigilantibus?* Quand au contraire il y a, pour ainsi dire, deux patrimoines distincts dans la main du chef de famille, l'un disponible au gré du propriétaire et transmissible à qui bon lui semble par voie de donation entre-vifs ou testamentaire, l'autre qui demeure frappé d'indisponibilité au profit d'héritiers privilégiés, il fallait d'autres principes. Le disponible a été excédé. 50,000 fr., par exemple, ont fait l'objet d'une première libéralité; 50 autres ont été donnés plus tard avec affectation hypothécaire, à l'effet d'en assurer le payement après la mort du donateur. Qui donc devra opérer restitution en faveur de la réserve, que nous supposerons être de moitié? Le dernier gratifié apparemment, c'est-à-dire celui à qui a été attribuée la chose d'autrui, ou, ce qui revient au même, à qui ont été attribuées des sommes frappées d'indisponibilité aux mains du donateur, et représentant la succession sacrée de la famille. Le premier donateur, lui, il n'a rien reçu qui ne pût être donné. Il n'y a donc aucune raison de l'inquiéter. Ici s'appliquent les considérations déduites par l'arrêt de Limoges, au sujet de l'hypothèque attachée à la seconde libéralité. Elle ne saurait soustraire la disposition dont elle n'est qu'un accessoire à l'application de la règle formulée dans l'article 923, par la raison qu'ici les principes du droit hypothécaire ne sauraient être invoqués qu'après ceux relatifs à la matière des donations ; « que les principes qui gouvernent l'accessoire du droit, l'hypothèque, ne peuvent prévaloir sur le droit lui-même, la donation; qu'avant de savoir si l'hypothèque doit produire quelque effet, il faut se demander si la donation est elle-même susceptible d'en produire aucun. »

Digitized by Google

Quand tout est disponible au gré du propriétaire, — c'est notre hypothèse, — le cas est bien différent. Le droit des tiers est hors de cause. Le débat n'existe qu'entre les donataires ou ayants cause du donateur, c'est-à-dire, ainsi que cela a déjà été établi, entre personnes de même condition, et le différend ne se peut plus vider, à moins d'exceptions déduites du dol ou de la fraude du disposant, que d'après les règles du droit commun.

Concluons qu'en cas d'insuffisance de l'actif de la succession pour l'acquittement de deux donations successives et ordinaires de sommes d'argent également payables après le décès du donateur, la préférence est due, à moins d'exception prise du dol et de la fraude, ou d'excès sur le disponible, à celle (fût-elle la moins ancienne) qui a été accompagnée d'une affectation hypothécaire qui manque à sa rivale.

9° Nous allons plus loin. La logique du droit a ses entraînements qu'il faut subir : s'il est vrai que les créances dont il est ici question et résultant de libéralités sont soumises aux mêmes règles que celles procédant d'engagements ordinaires ; s'il est également certain que l'article 923 est étranger au cas qui nous occupe, nous serons bien forcé d'admettre, contrairement encore à ce que le rédacteur de l'arrêt de Limoges donne comme l'une de ces propositions dispensées de démonstrations, qu'en l'absence de toute stipulation hypothécaire la première donation ne pourra venir qu'au marc le franc avec la seconde. Cette dernière solution n'est, quelle qu'en soit l'apparente singularité, que la conséquence naturelle des principes précédemment exposés.

10° Voici pour notre première hypothèse, celle où la première donation a été souscrite hors contrat de mariage. Nous nous séparons entièrement, on le voit, sur ce premier point, de la doctrine de l'arrêt de Limoges. Nous donnons, au contraire, notre entière approbation aux motifs tirés par la Cour du caractère de *constitution dotale* qui se trouvait attaché à la première donation.

On sait que cette sorte de disposition participe tout à la fois de la libéralité et de l'acte à titre onéreux; qu'elle a deux aspects ; que si, relativement au disposant, elle conserve son caractère de donation, il en est autrement respectivement au mari à qui la constitution est offerte, et qui la solde pour ainsi

Digitized by Google

dire d'avance par les obligations, *quæ sunt innumera*[1], qui naissent pour lui du mariage en vue duquel elle se produit. Si le premier n'est qu'un donateur ordinaire, le second est bien près de se confondre avec l'acheteur, auquel l'a assez justement comparé Cujas : *Emptor pro re confert pecuniam, maritus pro dote sumptus intolerabiles.* (Sur L. 19, ff., *De oblig. et act.*)

De ces principes textuellement consacrés par le Code (art. 1440, 1547, 1548), la Cour de Limoges a conclu avec raison, suivant nous, que la créance assurée à Armand Toulzac *par son contrat de mariage* constituant une *véritable dette* de la succession de la donatrice, l'acquittement s'en devait faire avant celui de toute autre créance quelconque *à titre lucratif*, cette créance se trouvât-elle accompagnée d'une affectation hypothécaire manquant à la première. C'est ici que s'appliquent nos maximes de droit : *Nemo liberalis nisi liberatus : non sunt bona nisi deducto ære alieno,* et qu'il est permis de répéter, après la Cour de Limoges, que « les principes qui gouvernent l'accessoire, l'hypothèque, ne peuvent prévaloir sur le droit lui-même, la donation ; qu'avant de savoir si l'hypothèque doit produire quelque effet, il faut savoir si la donation dont elle forme la garantie peut sortir à effet. »

On nous objecte, de la part d'une savante critique[2], qu'il est de principe incontestable qu'une obligation personnelle peut toujours être neutralisée dans ses effets par une libéralité postérieure consentie sans fraude de la part du débiteur; que le créancier lésé n'a d'autre ressource que l'exercice de l'action paulienne, au moyen de laquelle il pourra faire tomber la donation qui préjudicie à son droit, en rapportant la preuve de l'intention dolosive qui aurait présidé à sa confection.

Ne confondons pas! Vraie en soi, la règle ne saurait être appliquée indistinctement à tous les cas, et nous soutenons que celui qui nous occupe en ce moment ne saurait lui demeurer soumis. Si, après avoir assuré par contrat de mariage à son neveu, une première somme d'argent, avec ajournement pour le payement jusqu'à l'époque de sa mort, la demoiselle Toulzac

[1] *Marito enim qui dotem accepit, abesse intelligitur pecuniâ, quam quotidie erogat et consumit in onera matrimonii quæ sunt innumera* (Cujas, t. VIII, p. 331, édit. de Fabrot).

[2] V. dans Devilleneuve, 1859, 2, 470, les annotations sur l'arrêt de Limoges.

Digitized by Google

avait fait au profit d'une autre personne une donation entre-vifs *ordinaire*, si elle avait disposé immédiatement, de la main à la main ou dans une autre forme quelconque, d'une seconde somme d'argent en faveur de cette autre personne, l'application des principes invoqués serait hors de contestation. Il n'y aurait point à en douter, la seconde disposition serait à l'abri des critiques fondées sur le seul intérêt du bénéficiaire de la première, qui n'en pourrait provoquer la nullité qu'en articulant des faits de dol et de fraude imputables à la donatrice. Ici on se trouverait en présence du fait accompli et de la maxime *melior est causa possidentis*.

Combien est différente l'hypothèse dans laquelle avait à statuer la Cour de Limoges! La succession était ouverte : deux créanciers étaient en présence et se disputaient son actif, dont l'insuffisance constatée était la seule cause du litige. L'un se disait créancier *à titre onéreux*, et pouvait invoquer à l'appui de sa prétention les articles 1440, 1547 et 1548 du Code Napoléon, portant, les deux premiers, qu'il est dû *garantie* de la dot, et que cette *garantie* est due quel que soit le constituant[1]; le premier et le troisième, que cette dot *porte intérêts*, et que ces intérêts courent *ipso facto* du jour même du mariage, contre ceux qui l'ont promise, *encore qu'il y ait terme pour le payement*, s'il n'y a stipulation contraire. L'autre était obligé de reconnaître le caractère *purement lucratif* de son titre. Le moyen pour ce second créancier (sans plus parler ici de l'infériorité de son rang que de ses avantages hypothécaires), le moyen pour ce donataire d'échapper à l'application du principe de justice et de raison : *Bona non sunt nisi deducto œre alieno*, ou bien encore de cette autre règle non moins équitable : Avant de se montrer libéral, il faut commencer par se libérer!

Mais serait-il vrai que, dans ce cas particulier, l'action révocatoire pour cause de dol et de fraude fût la seule ressource qui restât au premier donataire? Il n'y aurait pas à en douter si,

[1] Nulle différence, en effet, entre les parents et les étrangers, Il en était autrement à Rome, où l'obligation légale (l. 19, ff., *De ritu nupt.*; *ult.* C. *de dot. promiss.*) imposée aux agnats de doter leurs enfants dépouillait la constitution de son caractère de libéralité, pour ne lui laisser que celui de la *datio in solutum* (l. 1, ff., *De jur. dot.*). Elle ne saurait être maintenue sous le Code où, si c'est encore un devoir moral pour les père et mère de fournir un *établissement par mariage* à leurs enfants, la disposition n'en conserve pas moins son caractère de libéralité aux yeux de la loi civile art. 204).

Digitized by Google

comme dans notre première hypothèse, le débat se trouvait engagé entre personnes de même condition, entre créanciers à titre lucratif, luttant pour ne pas perdre, *de damno vitando*, ou si, comme nous le supposions tout à l'heure, l'un des donataires se trouvait nanti par suite de la livraison qui lui aurait été faite, du vivant du donateur, de la chose donnée. Dans le premier cas, toute cause de préférence tirée *de la nature même* de la créance étant absente, on ne pourrait se décider, *à part le cas de dol et de fraude*, que par la qualité hypothécaire ou privilégiée de l'une des donations. Dans le second, l'avantage résultant en faveur de l'un des donataires *de son nantissement*, ne pourrait également tomber que devant la preuve du dol et de la fraude. Mais combien l'hypothèse dans laquelle nous raisonnons en ce moment est éloignée de celles que nous venons de rappeler! Ici nous sommes en présence de principes sans application possible aux situations qu'elles réalisent, et dans l'ordre desquelles se trouve rentrer l'affaire Marteau contre Lassimone, dont la décision est mal à propos opposée à celle que nous défendons en ce moment.

Concluons qu'à raison de la circonstance particulière que *la première donation avait eu lieu par contrat de mariage*, la décision de la Cour de Limoges devrait échapper à la censure de la Cour régulatrice[1].

11° Que penser maintenant de cette dernière considération invoquée à l'appui de l'arrêt de la Cour, que « le bénéficiaire de la seconde donation étant *l'ayant cause de la donatrice*, il ne saurait faire ce qu'elle n'aurait pu faire elle-même, c'est-à-dire faire tomber la première donation. » Ce moyen n'a rien de juridique. On a même quelque peine à se rendre compte de la pensée qu'a voulu exprimer le rédacteur d'un arrêt, qui, suivant nous, vaut mieux que ses motifs. On ne va pas jusqu'à l'invocation de la maxime *eum quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*. On ne l'aurait pas pu, parce que si, en un sens, le donataire *à titre particulier* (c'est bien de lui qu'il s'agit ici) est l'*ayant cause* du donateur dont il tient son droit, il n'est pas de ceux qui peuvent être considérés comme les continuateurs de sa personnalité juridique, et tenus, par cela

[1] La rédaction de cet article a précédé l'arrêt de la chambre des requêtes du 7 mars dernier, portant rejet par des motifs différents, contraires même à ceux qui sont ici déduits, de l'arrêt de Limoges.

Digitized by Google

même, de ses actions et obligations passives, et à qui pourrait être fait application de la maxime ci-dessus rappelée. Si la pensée du rédacteur de l'arrêt ne va pas jusque-là, n'est-ce pas une sorte de naïveté que de dire que le second donataire *ne pourra pas faire tomber* une donation que le donateur était tenu de respecter. Il est trop clair que le donateur n'a pas pu transmettre un droit qui lui manquait.

12° Nous supposerons maintenant, — c'est la troisième face de la question précédemment posée, — que la première disposition ayant été insérée dans un contrat de mariage, au lieu de revêtir, comme tout à l'heure, les caractères de la donation entre-vifs de *biens présents*, ne constitue qu'une donation de *biens à venir;* qu'au lieu d'être d'une somme *payable après le décès du donateur*, elle ait été d'une somme *à prendre sur les plus clairs deniers de la succession de celui-ci*, il y aura une raison nouvelle de confirmer la solution que nous venons de fournir en dernier lieu, pour que la seconde libéralité ne puisse, — se trouvât-elle accompagnée d'hypothèque, — préjudicier à la première. Cette raison s'induit de l'article 1083, aux termes duquel la donation dont il est ici parlé s'oppose à ce qu'il soit ultérieurement disposé *à titre gratuit* des objets qu'elle embrasse, si ce n'est pour sommes modiques.

13° Le doute, s'il en pouvait exister ici, ne pourrait porter que sur le point de savoir si la donation d'une somme fixe *à prendre sur la succession du donateur* revêt bien les caractères déterminés par les articles 1082 et 1083; s'il ne conviendrait pas plutôt d'y voir, avec certains auteurs [1], soit un legs irrévocable avec substitution directe au profit des enfants ou descendants du disposant, soit, et mieux encore, une sorte de donation entre-vifs ordinaire avec rétention d'usufruit, en réservant les attributs des dispositions régies par les articles 1082 et 1083 à celles qui affectent la forme universelle, ainsi que cela avait lieu dans l'ancien droit pour l'*institution contractuelle*, qualifiée par les auteurs de *don irrévocable de* TOUT *ou* PARTIE *de la succession*.

Cette interprétation, qui trouve appui dans certaines expressions des nouveaux textes sur lesquelles nous reviendrons bientôt, consacre, suivant nous, une erreur grave confondant la

[1] Dev., t. II, p. 638; Dur., 9, 676; Poujol, art. 1082, n° 2.

Digitized by Google

donation de biens à venir, ayant trait de temps à la mort, ne pouvant avoir de corps, d'assiette, qu'autant qu'une succession se sera ouverte, avec la donation ordinaire d'une somme déterminée, avec renvoi à la mort pour le payement. La différence est capitale, ainsi qu'il s'est vu précédemment. Ici il y a dépouillement immédiat du donateur, saisine du donataire, et droit pour celui-ci de prendre, dès à présent, inscription pour assurer sa créance, s'il a stipulé une hypothèque; de faire tous actes conservatoires, de solliciter, en cas de fraude, la déchéance du terme, voire même l'annulation des actes d'aliénation souscrits par le donateur (1167). Là, au contraire, absence complète de ce caractère unique et essentiel de la dotation entre-vifs, qui consiste dans la prédilection du donateur pour le donataire. Peut-on dire, en effet, que le donateur qui n'offre au donataire qu'*un droit sur sa succession*, lui donne un bien réel, présent, effectif? Non, il ne devient pas plus pauvre après avoir donné, et le donataire ne peut pas se dire beaucoup plus riche, puisque son droit, s'il est né, n'est pas ouvert, et demeure comme suspendu entre les mains du disposant durant la vie de celui-ci, pour n'acquérir de fixité qu'à sa mort. Jusque-là, spectateur de l'administration de son bienfaiteur, souvent même de ses aliénations à titre onéreux et de son repentir, il a les bras liés. Tous actes conservatoires lui sont interdits; la démonstration d'une fraude évidente pourrait seule être invoquée par lui pour faire tomber des aliénations consenties.

Cette confusion, impossible dans l'ancien droit, ainsi que nous l'allons voir ne l'est pas davantage aujourd'hui. L'esprit du Code ne saurait être celui qu'on lui suppose, et c'est ici que nous apparaît dans tout son jour le motif qui, suivant nous, a porté ses rédacteurs à substituer à l'ancienne appellation d'*institution contractuelle*, celle mieux appropriée à l'idée qu'ils voulaient exprimer, de *donation de tout ou partie* des biens que laissera le donateur à son décès [1].

L'ancien droit reconnaissait deux dispositions distinctes qui, insérées en contrat de mariage, y jouissaient à certains égards de prérogatives identiques (art. 3 et 13 de l'ordonnance de 1731); c'étaient l'*institution contractuelle* et *la donation à cause de mort*. Voulait-on disposer en faveur d'un futur époux de tout ou

[1] V. nos *Dispositions par cont. de mar.*, t. I, nos 230 et 296 et suiv.

Digitized by Google

partie de sa succession, on déclarait l'*instituer héritier* pour la totalité ou pour une part seulement, en prenant la forme universelle ou à titre universel. N'entendait-on, au contraire, lui transmettre qu'un corps certain, déterminé par son espèce ou par son genre seulement : tel cheval *in specie*, ou un cheval *in genere*, ou bien encore une somme d'argent dont le chiffre était précisé? Dans ce cas, comme il n'y avait que transmission à titre particulier, et qu'un droit de créance ne constitua jamais un droit héréditaire, l'institution contractuelle, dont l'effet était de créer un héritier au lieu et place de l'héritier légal, dont il avait tous les droits et toutes les charges, l'institution d'héritier n'était pas possible.

Mais il restait une ressource à celui qui, aussi éloigné d'un dépouillement actuel qu'aurait pu suivre le repentir, que du simple legs qui n'aurait créé qu'une espérance trop dépourvue de sécurité, reculerait également devant la donation entre-vifs ordinaire et la forme testamentaire. Il avait la facilité d'intervenir encore au contrat de mariage, et d'y souscrire une donation *mortis causâ*. Cette disposition restait sujette à révocation sans doute, mais elle n'avait pas pour unique avantage de donner satisfaction au sentiment d'ostentation qui, peut-être, portait le disposant à choisir cette forme plus solennelle; elle échappait encore à certaines exigences de formes imposées à la donation à cause de mort ordinaire (art. 4 de l'ordonnance); elle se trouvait dispensée, à l'égal de l'institution contractuelle elle-même, de la formalité de l'acceptation expresse (art. 3 de l'ordonnance). En sorte que le disposant qui voulait éviter la donation entre-vifs, et qui ne voulait cependant pas se borner à faire un simple legs, et que l'étendue trop restreinte ou la nature trop déterminée de la chose à transmettre, empêchait de recourir à l'institution contractuelle, avait la facilité d'user de la donation *mortis causâ* par contrat de mariage. Cette ressource reste-t-elle encore au donateur aujourd'hui? Non; le Code la lui a enlevée en proscrivant la donation à cause de mort. Il n'y avait donc plus d'option pour le disposant qui voulait se borner à gratifier les futurs époux d'un corps certain ou d'une somme d'argent également déterminée à prendre sur sa succession, qu'entre la donation entre-vifs et le legs.

Cette restriction gênante pour le donateur, et dont la conséquence aurait pu être de le détourner d'une libéralité qu'il est tou-

Digitized by Google

jours bon d'encourager, cette restriction n'est assurément point dans l'esprit de la loi nouvelle, que partout nous voyons attentive à protéger le mariage et à favoriser sa formation. Elle a dû la proscrire. Il suffisait pour cela d'élargir l'ancienne formule; de substituer à l'appellation *institution contractuelle*, précédemment consacrée, une autre dénomination qui, en rentrant dans le système plus simple proclamé par l'article 893, pourrait convenir à la disposition de biens à venir, sans distinction du cas où ils seraient donnés sous la forme universelle ou à titre particulier. Nous croyons fermement que ces expressions : *donation de* TOUT *ou* PARTIE des biens que laissera le donateur à son décès, répondent à l'intention et atteignent parfaitement le but.

Qu'opposent à ces raisons les auteurs dont nous combattons en ce moment la doctrine? Rien de bien péremptoire assurément. Pour eux ces expressions : tout ou *partie* des biens, renferment la restriction dont nous parlions tout à l'heure. Elles contiennent prohibition des donations de biens à venir par contrat de mariage autrement que sous la forme universelle. Ainsi, on pourra donner *le quart, le tiers, la moitié* de ses biens à venir, mais non point tel domaine, telle maison, ou une somme d'argent à prendre sur la succession. Le mot *partie*, pris par opposition au mot *tout*, ne saurait s'entendre que d'une partie aliquote, et non point d'un objet individuel ou d'une valeur spécialement déterminée.

Nous croyons, d'une part, que c'est détourner l'expression dont il est ici question de son sens naturel et grammatical, et que c'est également méconnaître la signification qu'elle reçoit ordinairement dans la loi. Et d'abord, serait-ce que, d'après le vocabulaire du monde, *le* cheval, *la* maison, ou *tel* domaine déterminé ayant appartenu au *de cujus*, ou bien encore *la* somme déterminément désignée à prendre dans la succession de celui-ci, ne constituent pas *une partie* de cette succession? La loi maintenant! attache-t-elle donc ordinairement à ce mot *partie* une autre signification que celle que nous proposons de lui donner ici? Lisons d'abord l'article 895 du Code : « Le testament est l'acte par lequel le testateur dispose de tout ou *partie* de ses biens. » Attacherons-nous à ce mot *partie* le sens que lui donnent MM. Duranton et Poujol dans l'article 1082? S'il pouvait signifier une part aliquote ou proportionnelle, il en faudrait conclure la prohibition des legs *à titre particulier*, pour ne re-

Digitized by Google

connaître de valeur qu'aux legs universels ou à titre universel, et les articles 1002, 1014 et suivants nous prouvent qu'il en est autrement. Les articles 1048 et 1049 du Code, et la loi du 26 mai 1826, où nous trouvons encore les mêmes expressions employées avec la même signification, concluent dans le même sens.

Donc, dans le style de la loi aussi bien que dans le langage ordinaire, le mot *partie* appliqué aux biens d'une personne ou à sa succession, et pris par opposition au mot *tout*, s'entend aussi bien d'un objet ou d'une somme déterminés que d'une part proportionnelle. Une nouvelle preuve que l'article 1082 n'a pas fait exception à cette règle se puiserait, au besoin, dans les précédents législatifs, ou plutôt dans l'historique de la législation intermédiaire. Respectée par la loi des 8-15 avril 1791, qui s'était pourtant proposé l'égalité des partages, l'institution contractuelle reçut une première atteinte de celle du 7 mars 1793, qui défendit de disposer sous cette forme de ses biens en ligne directe, puis une seconde de celle du 17 nivôse de l'an II, prohibitive de toutes dispositions à titre universel, et ne laissant plus subsister dès lors en contrat de mariage que des donations *à titre particulier*.

Tel était l'état des choses au moment où fut rédigée la disposition de l'article 1082 du Code Napoléon. Il semblerait même, suivant une remarque de M. Coin-Delisle, que ce ne fut qu'en le glissant à l'ombre de ces dispositions *à titre particulier*, respectées par la législation révolutionnaire, que la commission de rédaction du Code tenta de rétablir d'une manière complète un mode de transmission qui avait disparu.

Comment supposer, après cela, que la loi nouvelle ait entendu, en établissant ce que la loi révolutionnaire avait proscrit, abroger ce qu'elle avait maintenu. Cela n'est guère admissible. C'est pour n'avoir voulu voir dans les expressions de l'article 1082 que l'institution contractuelle telle que l'avaient conçue les anciens principes, que l'on est tombé dans ces distinctions, qui ne sont pas plus dans les termes de l'article 1082 qu'ils ne sont dans son esprit.

A quelles bizarres conséquences d'ailleurs ne conduirait pas le système que nous combattons, n'apercevant dans la disposition faite à titre singulier qu'un simple legs ou une donation entre-vifs ordinaire avec réserve d'usufruit. Un legal... Com-

Digitized by Google

mençons par écarter cette idée. Fut-il jamais admis qu'un legs put découler d'un contrat; qu'il put revêtir le caractère de l'irrévocabilité et comporter la substitution directe? Comment ne pas voir que la disposition, à laquelle on est obligé de reconnaître tous ces attributs, n'est déjà plus que la donation de biens à venir régie par les articles 1082 et 1083. Donation entre-vifs avec réserve d'usufruit! Mais alors il y aura transmission immédiate d'un droit définitif, dès à présent certain et irrévocable; il y aura saisine en faveur du donataire; il y aura donation de biens présents. Le donateur sera sans droit sur la chose dès à présent acquise au donataire, qui, dès à présent aussi, devra le droit de mutation. Le donateur! il aura les bras liés, et ne pourra sous aucun prétexte et dans aucun cas possible, même dans les cas d'exception admis par les coutumes d'Anjou, du Maine, de Touraine, du Loudunais et de Normandie, *s'aider de son bien*. Tout cela touche de trop près à l'absurde pour qu'il soit possible de l'admettre sans un texte formel, et nous ne connaissons d'applicable que l'article 1082.

Donc, quand je déclare donner par contrat de mariage 10,000 francs *à prendre sur ma succession*, je fais un acte parfaitement valable, et dont les règles ne peuvent être que celles tracées par l'article 1083, portant que pareille disposition « est irrévocable, en ce sens que le donateur *ne peut plus disposer, à titre gratuit*, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques. » D'où la conséquence manifeste que, dans notre espèce, le donateur ne peut plus, ainsi que nous le disions en commençant, faire au profit de tierces personnes aucune libéralité de nature à mettre obstacle à l'exécution de celle précédemment faite, soit en concourant avec elle, soit, à bien plus forte raison, en la primant, et que semblable disposition ne saurait, fut-elle garantie par une affectation hypothécaire, revêtit-elle la forme de la donation entre-vifs ordinaire, être exécutée qu'après l'acquittement de la donation de biens à venir qui l'a précédée.

14° Les revenus et intérêts de la constitution dotale sont acquis *de plein droit* au donataire du jour du mariage, avons-nous dit plus haut. Nous savons le motif de cette règle : destinés à faire vivre le ménage, leur perception ne souffre pas de retard. « La dot, disait Berlier (exposé des motifs), est inhérente au contrat de mariage..... Il est de la nature de cet en-

Digitized by Google

gagement que ses droits naissent et que ses fruits commencent avec la cause qui l'a produit. » Rien en cela que de conforme à l'ancienne jurisprudence[1]. Mais le Code ne s'arrête pas là : Les intérêts courent, *encore qu'il y ait terme pour le payement.* C'est une innovation au droit antérieur, qui, fidèle à la maxime : *Qui a terme ne doit rien*, n'admettait pas les intérêts avant l'échéance de celui qui avait été stipulé pour le payement du capital[2].

Les intérêts courent encore qu'il y ait terme pour le payement !... Cette règle, d'une justification facile, n'est cependant pas si absolue qu'elle ne puisse fléchir devant une stipulation contraire des parties. Au moins faudrait-il qu'elle fût expresse, qu'aucun doute ne pût s'élever au sujet de l'intention des contractants. Cette intention ne se pourrait induire, suivant nous, du renvoi qui aurait eu lieu de l'exigibilité de la dot jusqu'à l'époque du décès du constituant. Il faudrait qu'il fut ajouté que ce serait *sans intérêts.* La longueur du terme n'implique pas suffisamment la pensée chez le donateur de laisser le fardeau tout entier à la charge de ses héritiers. Aussi voyons-nous que dans l'espèce jugée par la Cour de Limoges la donatrice avait senti la nécessité de déclarer, en termes formels, qu'il ne serait dû d'intérêts qu'après son décès. Même remarque dans l'espèce d'un arrêt d'Agen du 18 novembre 1830, jugeant avec non moins de raison que, dans ce cas, les intérêts courent *de plein droit* du jour du décès du donateur, c'est-à-dire du jour même de l'expiration du terme fixé, et non point seulement à partir de la demande. En se réservant l'usufruit sa vie durant, n'est-ce point en effet, de la part du donateur, avoir fixé un délai après lequel les choses doivent prendre le cours qu'elles auraient naturellement suivi sans cela (V. aussi cass., 27 mars 1827; Dall., 27, 1, 160).

15° Cette dernière solution mettait sur la voie d'une autre beaucoup plus récente, fournie par un arrêt de la deuxième chambre de la Cour de Poitiers, du 28 mars de cette année, dans l'epèce suivante : Les époux M. avaient, en 1853, constitué conjointement et solidairement à leur fils une dot de 20,000 fr., *payable dans le délai de cinq ans*, par à-compte de 4,000 francs

[1] V. l. 7, ff., *De jur. dot.;* Dict. de Ferrière, v° *Intérêt;* Denisart, v° *Intérêt*, § 2; cass., 2 niv. an XIV.

[2] Henrys, t. IV, p. 662, n° 11; Roussille, *De la dot*, t. I, n° 316; Catelan, liv. IV, chap. 42; Turin, 10 août 1811.

Digitized by Google

et *sans intérêts*. Leur libération n'avait pu s'opérer qu'en 1859. La cause présentait à juger entre autres difficultés la question de savoir si, nonobstant le défaut de mise en demeure de sa part, il pouvait être dû des intérêts au bénéficiaire pour le temps écoulé entre l'expiration de chacun des termes stipulés par les constituants et leur libération effective. La Cour s'est sans trop d'hésitation prononcée par l'affirmative. Les motifs de sa décision sont faciles à saisir. Nous répéterons ici à son appui :

« La stipulation de termes pour le payement du principal n'aurait pas eu la vertu, d'après les principes spéciaux de la matière, d'empêcher les intérêts de courir *de plein droit* du jour du mariage. La dispense n'a donc pu naître que de la stipulation formelle des contractants. Mais comment la durée de cette dispense pourrait-elle excéder celle des termes eux-mêmes. Comment l'accessoire pourrait-il survivre au principal? En prenant un délai de cinq ans pour se libérer intégralement, et en stipulant qu'il ne serait pas dû d'intérêts jusqu'aux époques de leur libération, n'était-ce pas de la part des constituants avoir fixé la limite au delà de laquelle les choses se devaient comporter comme s'il n'y avait eu aucune stipulation de terme, ou comme si, des termes ayant été convenus, on avait abandonné à son cours naturel la règle qui fait courir les intérêts *de plano* du jour même de la célébration du mariage? En pareille matière, la loi écarte soigneusement tous moyens de surprise. Les époux reçoivent la dot avec une destination spéciale, *ad onera matrimonii ferenda*. Les fruits qu'elle produit leur tiennent lieu d'aliments. C'est le cas de rappeler avec Cujas : *Marito qui dotem accepit, abesse intelligitur pecunia, quam quotidie erogat et consumit*. Avant de s'engager les futurs ont dû calculer leurs moyens. On leur a demandé un répit de cinq années pour se libérer. Ils ont dû compter sur un payement réel à l'expiration de ce délai. Ils ont été également avertis qu'avant l'expiration de chacun des termes fixés pour le solde de chaque annuité il ne leur serait pas dû de fruits. Ils ont dû disposer en conséquence. Mais cet état de choses devait avoir une fin. A l'expiration des termes leurs ressources sont présumées épuisées, et les motifs qui ont déterminé le législateur à faire courir les intérêts *de plein droit* en l'absence de toute stipulation contraire, reprennent ici tout leur empire.

Digitized by Google

16° En droit romain [1] le mari qui avait laissé s'écouler toute la durée du mariage, sans réclamer les intérêts de la dot de sa femme, était réputé lui en avoir fait la remise. Cette présomption qui n'avait été établie que dans le seul intérêt de la femme, et qui restait sans application au cas où la constitution avait pour auteur un tiers [2], trouverait aujourd'hui encore sa justification dans cette considération générale, fortifiée de la disposition de l'article 1578, qu'entre époux les choses se doivent traiter largement, *non sunt amare tractandæ.*

17° Si, depuis le mariage, les époux avaient été nourris, logés et entretenus dans la maison du donateur, auraient-ils conservé leurs droits aux intérêts? Nous distinguons : ou bien la promesse de ces prestations a été ajoutée à la constitution dotale, et, dans ce cas, elles ne sauraient se confondre, dans les obligations du donateur, avec les intérêts desquels elles sont évidemment demeurées distinctes dans l'intention des parties; ou bien, au contraire, ces prestations n'avaient pas été mentionnées dans le contrat, et, dans ce cas, les intérêts ne pourront être réclamés que déduction faite des frais de nourriture et d'entretien [3].

18° Nous ne terminerons pas cette étude sans dire notre sentiment d'une difficulté qui a divisé les meilleurs esprits. On s'est demandé s'il n'est pas nécessaire, pour la validité de la donation d'une somme d'argent *payable après le décès du disposant*, que celui-ci ait en sa possession, au moment de la libéralité, sinon la somme elle-même, au moins des valeurs équivalentes à cette somme.

Ceux qui vont jusqu'à contester, en principe, la validité de pareille disposition, exigent assez naturellement qu'il en soit ainsi. M. Coin-Delisle (sur l'article 943, n°s 8 et suiv.), sans aller jusque-là, n'en partage pas moins leur sentiment sur la nécessité pour le donateur d'avoir en sa possession, au moment du contrat, la représentation de la somme donnée.

[1] L. 54, ff., *De donat. int. vir. et ux.*

[2] Req., 10 décembre 1817 (Dalloz, *Cont. de mar.*, n° 1269).

[3] L'ancienne jurisprudence était peu favorable à cette distinction. Elle semblait même proscrire d'une manière générale, sur le fondement de la loi 69, § 3, ff., *De jur. dot.*, le cumul des intérêts et des aliments, par ce motif que les premiers ne sont dus que *pro oneribus matrimonii et loco alimentorum* (V. Roussille, *De la dot*, t. I, n° 818; Despeisses, sect. 2, n° 20; Rousseau de Lacombe, v° *Dot*, part. 2, sect. 4, n° 2).

Digitized by Google

Nous nous rangeons aussi à cette opinion, sans croire mériter le reproche de contradiction si gratuitement prodigué à M. Coin-Delisle par Marcadé. Nous avons professé, il est vrai, dans notre traité *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux*, qu'il n'était pas indispensable que la chose donnée existât *dès à présent;* qu'elle fût actuellement disponible aux mains du donateur; mais nous n'avons pas entendu dire pour cela qu'il ne fût pas nécessaire qu'elle existât en principe, en germe, pour ainsi parler; que, *dès à présent*, elle trouvât en la possession du disposant sa représentation, sa source tout au moins, ou la cause qui la devra produire. Nous avons dû enseigner aussi que, pour la validité de la donation, il suffisait que le donateur fût lié irrévocablement dès le moment de l'acte. Or c'est précisément parce qu'il en est autrement quand le donateur est sans facultés pécuniaires d'aucune sorte au moment de la disposition, et parce qu'il dépend *entièrement* de lui de se soustraire aux effets de sa disposition, que nous soutenons que, dans le cas particulier, elle est nulle. Les fruits que produira mon verger dans l'avenir pourront faire l'objet d'une donation de ma part, parce qu'il n'est pas entièrement en mon pouvoir de les empêcher de naître : 1° en ce que l'aliénation que je pourrais faire de ma terre pourrait être querellée par mon donataire (1167); 2° en ce que la nature fera plus que mon travail pour la production de ces fruits. La même observation s'applique aux profits que je dois retirer d'une société en participation que j'aurais formée avec un tiers. La réalisation de ces produits dépendra autant de mon associé, avec lequel je ne puis pas rompre *à volonté* que de mon industrie personnelle.

Mais quand je donne, pour être payés après ma mort, 10,000 francs que je n'ai pas et que rien ne représente entre mes mains, il est trop clair que si *dès à présent* je contracte un engagement, il dépendra de ma *seule* volonté de le rompre ou de l'empêcher de produire effet. Il me suffira pour cela de ne rien acquérir, ou de ne faire aucune économie sur les produits de mon travail. Nous déclarons donc, à notre tour, ne pas comprendre l'assimilation faite par Marcadé de cas tout à fait dissemblables. « Si je puis donner les fruits que j'espère recueillir sur mon fonds l'année prochaine, dit notre estimable auteur, pourquoi ne pourrais-je pas donner une somme, quoiqu'elle ne

Digitized by Google

soit pas actuellement dans mon patrimoine? » Pourquoi? Nous venons d'en dire le motif : c'est que, dans le premier cas, l'engagement est irrévocable en ce qu'il ne dépend pas *entièrement* de ma volonté d'en anéantir les effets, et qu'il en est autrement dans le second.

« Si je puis donner les profits que pourra me procurer une association, c'est-à-dire mon travail mis en commun, pourquoi ne pourrais-je pas donner ceux que pourra me procurer mon travail isolé?... » Pourquoi? Nous en avons donné la raison. Dans la deuxième hypothèse, il me suffirait de ne pas travailler pour anéantir le lien de droit. C'est pour cela qu'il n'a pas pu se former (944). Dans la première, au contraire, comme il n'est pas en mon pouvoir de rompre selon mes caprices une association qui existe, et que le travail ou la bonne gestion de mon associé peut, dans une certaine mesure, suppléer à mon inertie, les effets de l'engagement que j'ai souscrit ne sont pas entièrement soumis à mon bon plaisir. « En définitive, poursuit Marcadé, quand je donne aujourd'hui une somme payable plus tard, ce n'est pas précisément la somme que je donne, mais une créance, un droit *ad pecuniam*. » Très-bien! mais encore faut-il que ce droit soit transmis irrévocablement. Or c'est ce qui n'a pas lieu quand la réalisation en est entièrement abandonnée aux caprices du disposant.

19° Cette dernière solution, presque textuellement extraite de notre traité *Des dispositions par contrat de mariage*, etc. (V. t. I, n° 129), a été critiquée par un docte professeur de la Faculté de Toulouse, notre excellent compatriote M. Adolphe Chauveau, dans le compte, — beaucoup trop flatteur sans doute, — qu'il a déjà rendu de la première partie de notre travail [1]. « M. Bonnet me permettra, dit le savant praticien, de ne pas adopter cette restriction à des principes dont il a lui-même si bien démontré la généralité. » — « Je n'admets pas, poursuit aussitôt M. Chauveau, qu'en cette matière *la plus grande latitude soit laissée au juge*; que le juge *ait toujours à examiner, en tenant compte des circonstances et des principes, si, au moment où la libéralité s'est produite, il y a eu de la part du disposant délaissement actuel et irrévocable, ou si, au contraire, le donateur est demeuré maître d'en anéantir les effets*. Le juge est

[1] V. le journal *l'Aigle*, de Toulouse, du 19 janv. 1860.

Digitized by Google

esclave de la loi. La donation ainsi faite est nulle ou elle est valable en soi, indépendamment des circonstances de fait. C'est une donation de créance, pas autre chose. Cette donation ainsi rédigée est-elle valable? Voilà toute la question. C'est une question de droit qui, à mon sens, ne peut ni ne doit dégénérer en question de fait. »

M. Chauveau a raison : le juge est l'esclave de la loi. Et quand une personne *dénuée de toute ressource* souscrit une donation de sommes payables après sa mort, la question à résoudre est de pur droit. Pareille donation est-elle valable, oui ou non? Les faits ici n'ont rien à voir. La disposition emporte-t-elle dessaisissement actuel et *irrévocable?* Si oui, elle est valable; si non, elle est nulle. Rien de plus clair; et c'est parce que nous estimons que, dans le cas particulier, le sort de la libéralité dépend entièrement du donateur, que nous en prononçons la nullité. Aussi n'est-ce point en vue de cette hypothèse qu'ont été écrites les lignes soulignées par notre savant maître, et qui font tout le fondement de son objection.

Cette vérité ne résulte pas seulement de la place que ces lignes occupent dans notre livre. Elle s'induit surtout de celles qui les suivent immédiatement. Elles terminent un long paragraphe où nous avons cherché à différencier d'une manière plus complète que nous n'avons pu le faire ici la donation entre-vifs *d'une créance payable à la mort du donateur*, et celle *de sommes à prendre sur sa succession*, et ne constituant qu'une donation de *biens à venir*. Or nous croyons n'avoir exprimé qu'une vérité vulgaire en ajoutant à notre démonstration, par allusion aux nombreux monuments de la jurisprudence, dont quelques-uns sont rapportés sous nos n°s 287 et 288, qu'au surplus le juge est investi, *en cette matière*, de la plus grande latitude d'appréciation; que « toujours il aura le devoir d'examiner, en tenant compte *des circonstances* et *des principes que nous avons cherché à fixer dans la dissertation qui précède*, si, au moment où la libéralité s'est produite, il y avait eu de la part du disposant dessaisissement actuel et *irrévocable*, ou si, au contraire, le donateur était demeuré maître d'en anéantir les effets[1]. » En d'autres termes, ajoutons-nous aussitôt, pour ne laisser aucun doute sur la direction de notre pensée, « pour que la libéralité

[1] V. nos *Disposit. par cont. de mar.*, n° 288.

Digitized by Google

vaille, quoique payable seulement après le décès du donateur, il faut que le donataire ait ses sûretés, c'est-à-dire qu'il puisse être en position de combattre par tous les moyens légaux (art. 1180, 1188, 1167 C. Nap., 444 C. comm.) les effets du mauvais vouloir ou du changement de volonté du donateur; car si, d'un côté, l'article 938 du Code Napoléon ne fait pas de la *tradition* une condition nécessaire de la donation entre-vifs, de l'autre; les articles 943 et 944 du même Code annulent la donation de biens à venir, ou dont l'*exécution dépend de la* SEULE *volonté* du donateur. Voilà les articles que le juge aura toujours à concilier, en ne perdant jamais de vue la règle fondamentale en matière d'interprétation : *Potiùs ut valeant quàm ut pereant.*»

Sous le bénéfice de cette explication, et en attendant réponse aux raisons de fond que nous avons opposées à la doctrine de Marcadé, nous ne pouvons que maintenir les conséquences que nous en avons tirées.

20° Nous n'irons cependant point jusqu'à prétendre avec M. Coin-Delisle que si, par un événement quelconque, la somme donnée ou l'objet qui, dans les mains du disposant en formait la représentation au moment de l'acte, vient à périr, la donation ne pourra plus produire effet. Dans cette conclusion nous n'apercevons qu'une erreur. Vainement l'auteur soutient que le créancier à titre gratuit, à la différence du créancier à titre onéreux, *n'a pour gage que les biens présents* de son débiteur (art. 944, 2092 C. Nap.). Je réponds qu'au moment de l'acte un engagement, un lien de droit *s'est formé;* que ce lien n'a pu naître qu'à la condition d'être *irrévocable*, et que M. Coin-Delisle, en reconnaissant avec nous que ce lien a *existé*, est logiquement conduit à reconnaître aussi qu'une circonstance survenue plus tard n'a pas pu avoir pour conséquence de rompre ce lien de droit très-irrévocablement formé.

L'auteur aurait dû comprendre que la possibilité de cette rupture par le fait d'un événement postérieur impliquerait le défaut d'irrévocabilité dans le lien originairement formé. Ce qui n'est pas. Au moment où l'engagement a pris naissance il s'est formé définitivement, d'une manière irrévocable, parce que dès ce moment le donataire a eu la certitude que le sort de sa donation n'était pas abandonné au seul caprice du disposant. Si plus tard, par un fait indépendant de la volonté de celui-ci, l'objet de son gage, alors présent, vient à périr, cette circon-

Digitized by Google

stance ne saurait refluer sur la formation de l'engagement pour le vicier. Or, si cet engagement continue à subsister, comment admettre que le bénéficiaire puisse être juridiquement privé de tous moyens d'en poursuivre l'exécution. Nous estimons, quant à nous, que tous les biens qui se trouveront au moment de l'exigibilité doivent servir à en assurer la réalisation, en vertu de l'espèce de subrogation réelle qui se sera opérée.

On nous objecte que la donation ne pouvait affecter des biens qui n'étaient pas au donateur à l'époque où elle a été consentie ; qu'autrement ce serait comprendre indirectement les biens *à venir* dans la donation, au mépris des dispositions prohibitives de la loi [1], et l'on en conclut que tous les créanciers du donateur, *même chirographaires et postérieurs à la donation*, auront sur ces biens adventices un droit qui exclut celui du donataire. Nous ne saurions admettre cette conséquence. Que les créanciers qui ont pris inscription sur ces biens soient préférés au donataire, il n'y a rien là que de conforme aux principes. Mais concéder les mêmes avantages aux simples créanciers cédulaires, c'est anéantir la donation ou la réduire à l'état de lettre morte ; c'est nier l'effet de cette sorte de subrogation réelle dont nous parlions tout à l'heure ; c'est méconnaître qu'il existe une sorte de solidarité matérielle entre tous les biens composant la fortune du donateur, et que, juridiquement parlant, ceux qui entrent dans son patrimoine viennent prendre la place de ceux qui en sont sortis ; que les uns ne sont que la représentation des autres. Qu'on y prenne garde, d'ailleurs. Au compte de nos contradicteurs, les héritiers aussi pourraient se refuser à faire droit à la demande du donataire. Il leur suffirait, — chose presque toujours impossible, — d'établir que rien de ce qui existait dans le patrimoine du donateur au jour du contrat ne se retrouve à son décès. Pareille conséquence ne saurait être dans la loi.

ARMAND BONNET.

[1] Angers, 16 mars 1822 ; pourvoi rejeté le 31 mars 1824 (Dall., 1824, 1, 151).

Digitized by Google

CHEMINS. — PRÉFET. — COMPÉTENCE.

Par M. Petit, doyen des présidents de chambre à la Cour impériale de Douai.

TROISIÈME ARTICLE [1].

Voici l'arrêt rendu par la Cour impériale de Douai, le 26 juin 1858 :

« Attendu que Laurent et Saudemont n'ont pas établi qu'ils « eussent un droit de servitude de passage sur le sentier sup- « primé, servitude discontinue qui, sous le Code Napoléon, « ne peut s'acquérir par prescription ;

« Attendu qu'il résulte des enquête et contre-enquête, qu'ils « avaient sur cette voie une baie ouverte dans la haie contiguë ;

« Que cette ouverture ne peut être assimilée à celles qui sont « pratiquées l'hiver pour un passage de tolérance ;

« Que sa permanence était attestée par l'existence d'une « porte, et que la continuité du passage résulte de la création « d'un chemin frayé existant au milieu du jardin, et conduisant « de la maison d'habitation au sentier ;

« Attendu qu'il est justifié que Laurent et Saudemont avaient « une issue sur le sentier ;

« Attendu que M. le préfet du Pas-de-Calais a, par un arrêté « du 23 mai 1854, pris en conseil de préfecture, après enquête « *de commodo* et *incommodo* et une délibération conforme du « conseil municipal, prononcé la suppression du sentier ; qu'il « a usé régulièrement de son droit, et que le pourvoi contre « son arrêté a été repoussé par M. le ministre de l'intérieur, « par décision du 14 février 1855 ;

« Attendu que le sentier supprimé a été cédé régulièrement « à Terninck par une délibération du conseil municipal approu- « vée par le préfet ;

« Attendu que la suppression du sentier amène, par une con- « séquence nécessaire, la suppression des droits qui existaient « à raison de la nature de la voie ;

« Mais attendu que, par l'établissement d'une voie publique, « les riverains sont appelés à y pratiquer des portes et des is- « sues ; que l'autorité qui a établi le chemin peut aussi le

[1] Voir *Revue critique*, t. XIV, p. 275, et t. XV, p. 533.

Digitized by Google

« détruire, l'équité exige que les riverains qui éprouvent un « préjudice par cette suppression soient indemnisés ;

« Attendu qu'en vain on allègue, pour soutenir que le pas- « sage doit être maintenu, que l'administration ne peut sans « déclaration d'utilité publique, sans jugement d'expropriation « et sans indemnité préalable fixée par un jury, porter atteinte « à un droit privé ;

« Qu'elle a incontestablement le pouvoir de régler la voirie, « et par suite le maintien de l'exercice des droits qui ne tirent « leur existence et leur raison d'être que de l'existence de « la rue ;

« Que ce pouvoir n'est pas plus exorbitant en matière de sup- « pression que dans le cas de nivellement, et que, dans l'une « et l'autre hypothèse, le droit qui se trouve atteint par l'acte « administratif se résout en une indemnité ;

« Attendu qu'en vain on soutiendrait encore que l'adminis- « tration ne peut que supprimer le caractère public de la voie, « mais qu'elle doit respecter le passage qui s'exerce à titre « privé par les riverains ; que ce serait mettre à néant la sup- « pression, qui n'aurait plus d'autre effet que de faire dispa- « raître les droits de police et de voirie ;

« Attendu que sans doute l'acquéreur de la rue supprimée « pourra, en vertu de son droit de propriété, accorder une ser- « vitude de passage sur le terrain qui lui est concédé, mais que « le passage, qui trouvera alors son origine dans la règle du « droit commun, s'exercera avec les restrictions et les précau- « tions que lui imposera son titre de constitution ;

« Attendu, quant à l'exception de chose jugée qu'on veut tirer « de l'arrêt du 13 août 1857, qu'elle n'existe ni dans les motifs « ni dans le dispositif de l'arrêt ;

« Attendu que la Cour se trouvant en présence de l'allégation « de Laurent et Saudemont, qu'ils avaient possédé pendant un « temps plus que suffisant à prescription à titre privatif, et en « raison de leurs propriétés, un droit de passage manifesté par « l'existence d'ouvertures et de portes dans la haie qui le borde, « et la dénégation de Terninck, prétendant qu'il n'y avait eu « dans la haie que des trouées servant à un passage de tolé- « rance, la Cour a dû ordonner la vérification des faits, mais « qu'elle n'a jugé ni pu juger quel serait, en cas de preuve, le « droit des parties, soit le rétablissement en nature, soit l'in-

Digitized by Google

« demnité, puisque la question ne lui avait été soumise ni par « les conclusions ni par les plaidoiries;

« Attendu qu'en parlant dans l'un de ses motifs du respect dû « aux droits des tiers, elle n'a pas dit que le passage doit être « rétabli en nature; qu'au surplus, ce serait un motif étranger « aux conclusions des parties, ce qui ne saurait amener la chose « jugée;

« Attendu qu'il résulte des circonstances de la cause que Ter- « ninck a pris à sa charge toutes les éventualités résultant de la « suppression du sentier;

« Qu'en effet, Terninck proposant à la commune, moyennant « le versement d'une somme de 200 francs, de laisser suppri- « mer le sentier et de l'autoriser à le clore, le conseil municipal, « par sa délibération du 20 juin 1853, se borne à accepter la « proposition, sur le motif que la piedsente n'est pas reprise au « plan cadastral, ni sur le tableau des rues et voies commu- « nales, qu'elle n'a pas d'existence légale, et que d'ailleurs elle « n'est pas de grande utilité pour les habitants de Bois-Bernard; « qu'ainsi elle n'a fait que renoncer aux droits plus ou moins « éventuels que les habitants avaient ou pouvaient avoir sur le « sentier litigieux, au point de vue du passage public des habi- « tants; qu'elle n'a pas fait d'autre abandonnement et ne peut « être tenue à d'autres garanties, notamment en ce qui touche « des droits privés prétendus sur le sentier supprimé;

« Attendu, au surplus, qu'en cause d'appel Terninck, pas plus « que Laurent et Saudemont, ne prend des conclusions contre la « commune;

« Attendu que Laurent et Saudemont demandent, par leurs « conclusions, la déclaration de l'existence du droit de passage « et son rétablissement : ils demandent aussi des dommages et « intérêts pour la privation du même passage;

« Que s'il n'y a pas lieu d'ordonner le rétablissement en na- « ture, la Cour peut statuer sur l'indemnité et les dommages et « intérêts à accorder à Laurent et Saudemont pour la privation « de ce même passage; qu'elle a à cet effet les éléments néces- « saires.

« En ce qui touche les dépens :

« Attendu que les frais d'enquête et de contre-enquête ont « été occasionnés par la dénégation de l'existence de l'issue; « qu'ils doivent rester à la charge exclusive de Terninck;

Digitized by Google

« Attendu que la prétention principale de Laurent et Saude-
« mont porte sur le rétablissement en nature du passage, et
« qu'ils succombent sur ce point;

« Attendu que Terninck n'a offert aucune indemnité, et a
« même soutenu qu'il n'en devait aucune, le dommage étant nul;

« Que les parties succombent respectivement;

« En ce qui touche les frais exposés par la commune de
« Bois-Bernard;

« Attendu que, ne réclamant en définitive que le rétablisse-
« sement du passage et des dommages et intérêts à titre priva-
« tif, Laurent et Saudemont n'avaient rien à demander à la
« commune, qui devait rester étrangère au procès; qu'ils ne
« prennent pas de conclusions contre elle en cause d'appel;

« Que s'ils ont revendiqué le passage à d'autres titres, et ont
« été ainsi amenés à mettre la commune en cause, ils ont suc-
« combé de ces chefs;

« Attendu que si Terninck a pris en première instance des
« conclusions reconventionnelles contre la commune qu'il trou-
« vait en cause, elles ont été nécessitées par les prétentions
« mal fondées de Laurent et Saudemont de faire considérer le
« sentier comme une propriété privée;

« La Cour, vidant le partage;

« En ce qui touche la commune de Bois-Bernard:

« Adoptant les motifs des premiers juges, met l'appellation
« au néant, ordonne que le jugement dont est appel sortira effet;

« En ce qui touche Terninck:

« Dit que Laurent et Saudemont avaient une issue avec pas-
« sage sur le sentier supprimé;

« Les déclare mal fondés à en réclamer le rétablissement en
« nature;

« Condamne Terninck à leur payer pour le fait de la sup-
« pression, à titre d'indemnité et de dommages et intérêts, la
« somme de 200 francs;

« Dit qu'il n'y a pas lieu de déclarer l'arrêt commun avec la
« commune de Bois-Bernard;

« Dit qu'il sera fait masse des dépens de première instance
« et d'appel, lesquels seront supportés par moitié entre Ter-
« ninck, d'une part, et Laurent et Saudemont de l'autre, sauf
« ceux de l'arrêt interlocutoire, d'enquête et de contre-en-
« quête, qui seront supportés exclusivement par Terninck, et

Digitized by Google

« ceux de la commune de Bois-Bernard, qui seront supportés « par Laurent et Saudemont; ordonne la restitution de l'amende « consignée. »

Cet arrêt soulève des questions assez intéressantes pour arrêter l'attention du jurisconsulte, et pour me décider à les signaler en passant, sauf à les examiner plus tard à fond.

D'abord je ne comprends pas cette résurrection de l'art. 691 du Code Napoléon, que la Cour impériale de Douai avait elle-même mis à l'écart par son arrêt du 13 août 1857. Les appelants avaient demandé à prouver qu'ils étaient depuis un temps immémorial en possession d'un droit d'issue et de passage sur le sentier; la Cour avait déclaré que les faits articulés étaient pertinents et en avait admis la preuve, en jugeant que ces droits pouvaient s'acquérir par prescription. La même chambre de la Cour juge, le 26 juin 1858, que la preuve est faite; et par un revirement qu'il est difficile d'expliquer, et une contradiction qu'on ne peut nier, l'arrêt commence par décider que Laurent et Saudemont n'ont pas établi qu'ils eussent un droit de servitude discontinue. Est-ce que c'est un droit de servitude discontinue qu'ils avaient demandé à établir par témoins? est-ce que c'est un droit de servitude discontinue que la Cour avait admis à prouver par son arrêt de 1857? Si les droits d'issue et de passage que réclamaient Laurent et Saudemont sur le sentier commun ne peuvent pas s'acquérir par prescription, pourquoi la Cour en a-elle admis la preuve en 1857? Si, au contraire, ils peuvent s'acquérir par prescription, pourquoi les leur refuser lorsqu'ils ont fait la preuve offerte et admise?

La deuxième chambre civile de la Cour de Douai n'a pas fait faire, du reste, un pas à la question de prescription, car si, d'un côté, on lit dans l'arrêt de 1857 :

« Attendu que si la commune de Bois-Bernard a cédé moyen- « nant indemnité à Terninck tous ses droits sur ce sentier, et si « le préfet du Pas-de-Calais, en approuvant cette convention, a, « après enquête, prononcé sa suppression, les droits de passage « qui seraient acquis privativement à des tiers sur le sentier, à « raison de leurs propriétés, n'en doivent pas moins être res- « pectés;

« Attendu que Laurent et Saudemont offrent de prouver qu'ils « ont possédé pendant un temps plus que suffisant à prescrip- « tion, à titre privatif, et en raison de leurs propriétés, un droit

Digitized by Google

« de passage sur le sentier, manifesté par l'existence d'ouver-
« tures et de portes dans la haie qui le borde;

« Que les faits mis en avant sont pertinents et admissibles;

« La Cour admet, avant faire droit, Laurent et Saudemont à
« prouver tant par titres que par témoins. . . . . .

« 4° Et enfin qu'ils ont prescrit le droit d'issue et le droit de
« passage sur le sentier, pour en avoir joui pendant le temps et
« avec les conditions nécessaires pour prescrire. »

La preuve faite.

On lit dans l'arrêt de 1858 :

« Attendu que Laurent et Saudemont n'ont pas établi qu'ils
« eussent un droit de servitude de passage sur le sentier sup-
« primé, servitude discontinue qui, sous le Code Napoléon, ne
« peut s'acquérir par prescription. »

Entre ces deux décisions inconciliables l'opinion reste libre, et je conserve la mienne, consacrée par l'arrêt du 13 août 1857. C'est en vain que la Cour fait réapparaître l'article 691 du Code Napoléon; l'article 691 du Code Napoléon n'est pas applicable au droit d'issue et de passage sur un chemin public communal. Voyez :

Arrêt de la Cour de Bourges, du 30 janvier 1826;

Un de la Cour de cassation, du 18 novembre 1834 (Dalloz, 1835);

Un autre de la même Cour, du 5 juillet 1836;

Un autre du 31 mai 1837;

Un autre du 10 novembre 1841;

Un autre du 14 février 1842;

Un autre du 2 décembre 1844;

Un autre du 13 novembre 1849;

Un autre du 3 juillet 1850;

Un autre du 19 décembre 1853;

Un autre du 20 mars 1854, dans Dalloz, vol. 54, p. 196;

Un autre du 19 avril 1855;

Et enfin celui du 24 juin 1856.

Toullier, Proudhon, Demolombe, Vaseille, Garnier, Zachariæ, sont d'accord pour décider qu'on peut, par prescription, acquérir des droits privés de passage sur un sentier communal.

Ainsi, en supposant que les droits d'issue et de passage réclamés par Laurent et Saudemont ne fussent pas suffisamment établis par le seul fait de la situation et leur qualité de riverains,

Digitized by Google

il n'en est pas moins évident que ces droits peuvent être acquis par prescription.

Donc, ayant été admis à prouver qu'ils étaient riverains et qu'ils avaient sur le sentier public communal des droits d'issue et de passage, et *subsidiairement* à prouver qu'ils avaient acquis ces droits par prescription, cette double preuve faite, il devait nécessairement en résulter que si la première était impuissante pour faire reconnaître leurs droits, la seconde devait, dans tous les cas, leur en assurer le maintien.

Il y a plus : une autre question, qui a bien son importance, surgit ici; bornons-nous à l'indiquer :

La Cour de Douai, après avoir décidé en 1857 que le sentier était communal, et avoir admis Laurent et Saudemont à prouver qu'ils avaient acquis par prescription des droits d'issue et de passage sur ce sentier, pouvait-elle encore, la preuve faite, juger que ces droits ne constituaient qu'une servitude discontinue qui ne pouvait s'acquérir par prescription? N'était-elle pas liée par son interlocutoire, dont l'exécution en assurait le bénéfice à toutes les parties?

Continuons l'examen de l'arrêt du 26 juin 1858.

La Cour, après avoir résumé les résultats de l'enquête et de la contre-enquête, et constaté que Laurent et Saudemont avaient fait la double preuve à laquelle ils avaient été admis, au lieu d'en arriver au dispositif qui paraissait commandé par l'arrêt interlocutoire, s'arrête de nouveau devant l'arrêté du préfet, et décide cette fois qu'en prononçant la suppression du sentier communal, le préfet n'a fait qu'user régulièrement de son droit; que le pourvoi contre cet arrêté a été repoussé par le ministre de l'intérieur, et que, par voie de conséquence nécessaire, la suppression du sentier doit amener la suppression des droits qui existaient à raison de la nature de la voie.

D'abord, il n'y a pas eu et il ne pouvait pas y avoir de pourvoi de la part de Laurent et Saudemont; ensuite ce n'est pas le préfet qui a prononcé la suppression; il n'a fait, comme la Cour elle-même l'a reconnu dans son arrêt du 13 août 1857, qu'approuver la cession faite à Terninck. Son arrêté n'est pas un acte administratif, mais un acte de tutelle administrative habilitant la commune. Cela est tellement exact, que le ministre saisi de la question, non par Laurent et Saudemont, mais par d'autres riverains, au lieu de repousser le pourvoi, a décidé, au con-

Digitized by Google

traire, que le préfet n'avait statué que sauf les droits des tiers, et que si des habitants croyaient avoir des droits de passage sur le sentier, rien ne s'opposait à ce qu'ils les fissent valoir devant les tribunaux. Cela a paru tellement évident à la Cour elle-même que, par son arrêt du 13 août 1857, elle juge que, malgré cet arrêté, les droits de passage qui seraient acquis à des tiers n'en *doivent pas moins être respectés.* Comment, après cette première décision, la Cour a-t-elle pu juger, par son arrêt du 26 juin 1858, que le préfet n'avait fait qu'user de son droit en prononçant la suppression du sentier, et que, par une conséquence nécessaire, la *suppression des droits qui existaient à raison de la nature de la voie devait s'ensuivre.*

Comment concilier ces deux décisions?

Les droits de passage qui seraient acquis privativement à des tiers sur le sentier, à raison de leurs propriétés, n'en doivent pas moins être respectés; — arrêt du 13 août 1857.

Le préfet a usé de son droit en supprimant le sentier, et la suppression amène par une conséquence nécessaire la suppression des droits qui existaient à raison de la nature de la voie; — arrêt du 26 juin 1858.

Je m'en tiens pour mon compte au premier arrêt. Je ne saurais admettre que le préfet a usé de son droit, les préfets n'ont aucun droit sur les sentiers communaux. Leurs droits sont circonscrits dans la loi du 21 mai 1836 sur les chemins classés comme vicinaux.

N'insistons pas; la Cour elle-même, effrayée de l'énormité du principe qu'elle vient de poser, se hâte de reculer devant son application. Si la suppression du sentier entraîne nécessairement la suppression des droits qui existaient à raison de la nature de la voie, tout est dit, et il n'y a plus qu'à repousser la demande des riverains; non; la Cour ajoute :

« Mais attendu que par l'établissement d'une voie publique « les riverains sont appelés à y pratiquer des portes et des « issues, que l'autorité qui a établi le chemin peut aussi le dé« truire, l'équité exige que les riverains qui éprouvent un pré« judice par cette suppression soient indemnisés. »

Que peut ici l'équité? De deux choses l'une : ou les riverains n'ont pas de droits ou ils en ont. S'ils n'en ont pas, tout est dit, et l'équité n'y peut rien; s'ils en ont, il faut les respecter, et on ne peut les en dépouiller par un arrêté préfectoral, sauf plus

Digitized by Google

tard, s'ils se plaignent, à leur donner une indemnité arbitraire qui n'est ni offerte ni demandée.

Comment! quand une expropriation aura lieu pour cause d'utilité publique, il faudra déclaration et reconnaissance de cette utilité, jury d'expropriation, indemnité préalable, conformément à la loi de 1841; mais quand un arrêté du préfet enlèvera par une suppression de rue ou d'une voie quelconque à une maison sa porte de sortie sur cette rue ou cette voie, et quand la maison sera ainsi rendue inhabitable, l'habitant qui se plaindra d'être dépouillé de ses droits d'issue et de passage finira par obtenir une indemnité que le juge fixera d'office, sans jury, sans expertise et sans renseignements certains! Il faudra que le riverain s'en contente, parce que le préfet a usé de son droit!

Si cette doctrine pouvait passer dans la jurisprudence, il y aurait à s'effrayer des conséquences possibles du principe posé par la Cour de Douai.

La Cour a prévu l'objection, mais elle n'en a pas été touchée : C'est en vain, dit la Cour, qu'on la présente. Pourquoi? Parce que, porte l'arrêt, l'administration a le pouvoir de régler la voirie et par suite le maintien de l'exercice des droits qui ne tirent leur existence et leur raison d'être que de l'existence de la rue.

Ainsi voilà qui est bien entendu. Si une seule maison de la ville de Douai conserve sa porte de sortie, c'est à la générosité du préfet qu'elle le doit; car s'il jugeait à propos de prononcer la suppression de sa rue, il ne ferait qu'user de son droit en réglant la voirie et par suite le maintien de l'exercice des droits qui ne tirent leur existence et leur raison d'être que de l'existence de la rue. Est-ce possible?

La Cour de Douai fait bon marché de l'article 545 du Code Napoléon, de la loi de 1841 et de tous les principes du droit commun qui protégent la propriété.

Ce pouvoir, ajoute la Cour, n'est pas plus exorbitant en matière de suppression que dans le cas de nivellement; c'est vrai à la différence cependant que, dans les cas de nivellement et d'alignement, il y a expropriation et par suite les garanties qu'on trouve dans la législation et qu'assurent les articles 545 du Code Napoléon, les lois de 1807 et 1841; c'est assez pour ne pas se rendre à la comparaison que fait l'arrêt.

La Cour se présente encore une objection, et je comprends

Digitized by Google

qu'elle ait compris la nécessité de la combattre, parce que sa gravité ne peut être contestée par personne.

« Attendu qu'en vain on soutiendrait encore que l'administra-
« tion ne peut que supprimer le caractère public de la voie,
« mais qu'elle doit respecter le passage qui s'exerce à titre privé
« par les riverains, que ce serait mettre à néant la suppression
« qui n'aurait plus d'autre effet que de faire disparaître les
« droits de police et de voirie. »

Je ne comprends pas bien les droits de voirie auxquels la Cour attache une si grande importance; est-ce que le préfet n'en avait pas autant avant la suppression de sa publicité? est-ce qu'il en a davantage depuis cette suppression? D'ailleurs, Terninck, devenu cessionnaire du sentier, ne peut-il pas y rétablir le passage, même public? Pourquoi pas? La Cour prévoit cette éventualité dont la possibilité vient démontrer le peu de valeur de sa raison de décider; mais elle croit écarter cet argument, en ajoutant qu'alors le passage trouvera son origine dans les règles du droit commun et s'exercera avec les restrictions et les précautions que lui imposera son titre de constitution. Singulière contradiction! la Cour reconnaît le droit d'établir une servitude sur le sentier, et elle dépouille de ce droit celui qui prouve en avoir acquis une. Est-ce que les droits de voirie et de police du préfet seront plus respectés dans un cas que dans l'autre? Est-ce que le droit de servitude acquis avant la cession n'est pas aussi sacré que celui concédé par le cessionnaire? Il m'est difficile de comprendre pourquoi l'arrêté de suppression doit produire plus d'effet dans un cas que dans l'autre. L'arrêté du préfet enlève les droits acquis, mais il n'empêche pas qu'on n'en acquière. Pourquoi cette différence? C'est, dit la Cour, parce que le passage trouvera son origine dans la règle du droit commun et s'exercera avec les restrictions et les précautions que lui imposera son titre de constitution. C'est fort bien; mais que deviennent les droits de voirie et de police du préfet, qui sont remis à la disposition du cessionnaire, bien libre, sans doute, d'apporter ou de ne pas apporter des restrictions dans sa volonté de rétablir le sentier dans les même conditions? Peu importe, à mon avis, l'origine du droit; c est toujours un droit privé; il ne peut y avoir de différence entre ceux que l'on tient de la loi et ceux que l'on achète ou qu'on tient de l'obligeante volonté du cessionnaire; on a des

Digitized by Google

droits d'issue et de passage à titre privé ou on n'en a point. Si on en a, on ne peut en être dépouillé que pour cause d'utilité publique, tout aussi bien dans un cas que dans un autre, et un arrêté de suppression ne peut dans aucun cas être un obstacle à l'exercice des droits privés établis et reconnus. Ces droits sont protégés par l'article 545 du Code Napoléon et la loi de 1841.

Poursuivons.

Pour repousser l'exception de chose jugée que l'on tirait de l'arrêt du 13 août 1857, la Cour vient dire qu'elle n'a pas jugé quel serait, en cas de preuve, le droit des parties, soit le rétablissement en nature, soit l'indemnité, puisque la question ne lui avait été soumise ni par les conclusions ni par les plaidoiries : c'est très-vrai. Mais si la question ne lui avait pas été soumise en 1857, comment la Cour s'en trouve-t-elle saisie en 1858? Comment cette question, qui surgit tout à coup en 1858, peut-elle enlever à l'arrêt de 1857 l'autorité de chose jugée qui lui appartient? Au surplus, ajoute l'arrêt de 1858, ce serait un motif étranger aux conclusions, ce qui ne saurait amener la chose jugée. Comment, un motif? La disposition qui détermine la nature du chemin n'est qu'un motif! la disposition qui décide que les droits d'issue et de passage des riverains, nonobstant l'arrêté administratif, nonobstant la suppression du sentier prononcée par le préfet *doivent être respectés*, ce n'est qu'un motif? quand la Cour dit dans son arrêt du 13 août 1857 :

« Attendu que pour apprécier les prétentions des appelants « sur le sentier supprimé, il est nécessaire d'en déterminer la « nature.....;

« Attendu que cette voie doit être considérée comme un sen- « tier public communal; »

Ce ne serait là qu'un motif, et pas une décision définitive!

Quand elle dit :

« Attendu que si la commune de Bois-Bernard a cédé moyen- « nant indemnité, à Terninck, tous ses droits sur ce sentier, et « si le préfet du Pas-de-Calais, en apprenant cette convention, a, « après enquête, prononcé sa suppression, les droits de passage « qui seraient acquis privativement à des tiers sur le sentier, à « raison de leurs propriétés, *n'en doivent pas moins être res-* « *pectés;* »

Ce ne serait là qu'un motif! ce ne serait pas une décision dé-

Digitized by Google

finitive! La Cour n'aurait pas jugé que les droits de passage qui seraient acquis à Laurent et Saudemont sur le sentier, à raison de leurs propriétés, *doivent être respectés!* Il n'y aurait pas chose jugée, et l'on pourrait encore juger que ces droits ne doivent pas être respectés! Telle n'était pas, je crois, la pensée du rédacteur de l'arrêt de 1857, et j'ai de la peine à me persuader que la Cour n'ait voulu alors que rendre un avant faire droit pour vérifier les faits, sans se préoccuper des droits des parties, ainsi que nous l'affirme l'arrêt du 26 juin 1858. Non : à mon avis, il suffit de lire l'arrêt de 1857. On y voit, en effet, qu'après avoir constaté la nécessité de déterminer la nature du sentier pour apprécier les prétentions des appelants, la Cour décide de suite que le sentier n'est pas un chemin d'exploitation, et que c'est un sentier public communal. Est-ce que cette décision n'est pas définitive?

Après avoir décidé que le sentier est un sentier public communal, la Cour arrive, comme elle l'a annoncé dans sa première phrase, à apprécier les prétentions des appelants, et elle décide que leurs droits d'issue et de passage doivent être respectés, nonobstant tous les actes administratifs qu'on leur avait opposés. Voilà encore, il me semble, une décision très-nette qui exclut toute idée d'avant faire droit pour vérifier les faits sur la question que fait surgir pour la première fois l'arrêt du 26 juin 1858.

La Cour commence donc, par son arrêt du 13 août 1857, par déterminer la nature du sentier, par reconnaître les droits des appelants, et par proclamer qu'ils doivent être respectés. Le sentier n'est pas un chemin d'exploitation; c'est un sentier communal; les droits des riverains doivent être respectés. L'arrêté du préfet et la cession de la commune sont mis à l'écart; ils ne peuvent nuire aux droits des tiers; leurs droits de passage *n'en doivent pas moins être respectés.*

Voilà ce qui est jugé et jugé définitivement par l'arrêt du 13 août 1857.

Mais comme Terninck met en dénégation les faits qui justifient les droits des appelants, la Cour les admet à les établir tant par titres que par témoins. Voilà ici seulement qu'arrive, non pas, comme le dit l'arrêt de 1858, un simple préparatoire, mais un interlocutoire. La Cour dit à Laurent et Saudemont : Vos droits de passage doivent être respectés, mais prouvez que

Digitized by Google

vous en avez. Si vous faites cette preuve, ils seront respectés, malgré les actes administratifs qu'on vous oppose.

C'était positif et clair pour tout le monde jusqu'au jour où Terninck laissa tomber de sa plaidoirie le mot *indemnité*, mot qui jusqu'alors n'avait été prononcé par personne.

La pensée et la volonté de la Cour, au 13 août 1857, sont révélées non-seulement dans la première partie de son arrêt, mais encore par son admission à preuve; conséquente avec elle-même, la Cour n'admet pas tous les faits articulés; et comme elle vient de décider que le sentier n'est pas un chemin d'exploitation, elle repousse la preuve des faits qui auraient pour but de faire considérer le sentier comme chemin d'exploitation. Pourquoi cette distinction entre les faits articulés si, comme vient le dire l'arrêt du 26 juin 1858, la Cour ne voulait, au 13 août 1857, que rendre un simple avant faire droit pour vérifier seulement s'il y avait ou non une issue?

Après avoir admis la preuve des faits qu'elle déclare pertinents, la Cour va plus loin : elle précise les faits déclarés pertinents; et étendant son dispositif jusqu'aux conclusions subsidiaires, elle admet à prouver :

« 4° *Qu'ils ont prescrit le droit d'issue et de passage sur ledit* « *sentier, pour en avoir joui pendant le temps et avec les condi-* « *tions nécessaires pour prescrire.* »

Il peut donc y avoir des droits d'issue et de passage, et ces droits peuvent donc être acquis par prescription?

La Cour ne se met-elle pas en contradiction avec elle-même lorsqu'elle vient dire ensuite, le 26 juin 1858?

Il n'y a pas de droits d'issue et de passage; leur suppression a été la conséquence nécessaire de la suppression du sentier. On ne pourrait d'ailleurs pas les acquérir par prescription; l'article 691 du Code Napoléon s'y oppose : il n'y a qu'un droit à une indemnité quand le préfet, usant de son droit, supprime un sentier public communal.

Si cela est vrai, pourquoi la Cour ne l'a-t-elle pas dit le 13 août 1857? Pourquoi un arrêt d'avant faire droit pour vérifier les faits? L'issue et la porte de Laurent et Saudemont ne pouvant conférer les droits de passage, ces droits ne pouvant s'acquérir par prescription, Laurent et Saudemont ne demandant pas une indemnité, mais le rétablissement du passage en nature, il n'y avait aucune vérification à faire; il n'y avait qu'à

Digitized by Google

déclarer Laurent et Saudemont non fondés dans leur demande d'un droit de passage en nature. L'avant faire droit du 13 août 1857 était tout à fait inutile; la Cour devait dire, le 13 août 1857, ce qu'elle dit le 26 juin 1858. Restreint à la portée qu'on lui donne, l'arrêt de 1857 n'avait donc aucune raison d'être; car, je le répète, il ne pouvait y avoir utilité de vérifier s'il y avait une issue, afin d'accorder une indemnité que Laurent et Saudemont ne demandaient pas, ainsi que le reconnaît la Cour dans son arrêt du 26 juin 1858, en l'accordant d'office, et en condamnant Laurent et Saudemont à la moitié des dépens pour ne l'avoir pas demandée.

C'est donc en vain qu'on cherche à mettre à néant l'arrêt du 13 août 1857, en prétendant qu'il n'a pas jugé définitivement que les droits d'issue et de passage devaient être respectés nonobstant l'arrêté du préfet, si l'on fournissait la preuve de leur existence. Il y avait donc chose jugée à cet égard; et la preuve ordonnée ayant été faite, ainsi que la Cour le reconnaît et le proclame dans les termes les plus énergiques dans son arrêt du 26 juin 1858, la Cour était liée et se trouvait dans la nécessité de respecter les droits d'issue et de passage des riverains Laurent et Saudemont; en ne les respectant pas et en les anéantissant même, l'arrêt du 26 juin 1858 a violé l'article 1351 du Code Napoléon.

Mais, demande-t-on, ces droits ne se trouvent-ils pas respectés par l'allocation d'une indemnité accordée d'office par la Cour? C'est ici que se présente la principale question que je veux notamment examiner; c'est celle-ci : Les droits d'issue et de passage qui appartiennent aux riverains peuvent-ils être convertis en une indemnité?

Avant d'entrer en discussion, qu'on me permette, puisque j'ai entrepris l'examen de l'arrêt du 26 juin 1858, de dire encore quelques mots sur les dernières dispositions de cet arrêt; ils ne seront pas sans utilité pour l'examen de la question importante que j'ai l'intention de traiter.

Pour justifier son dispositif, l'arrêt du 26 juin 1858 a dû en revenir encore à la question de vente du sentier.

Par son arrêt du 13 août 1857, la Cour avait dit que la commune de Bois-Bernard avait cédé moyennant indemnité le sentier à Terninck, et que le préfet n'avait fait qu'approuver cette convention. C'est ce qu'avait dit la Cour de cassa-

Digitized by Google

tion pour rejeter le pourvoi de Saudemont au possessoire.

C'est ainsi que se trouvait motivée la demande dirigée, au pétitoire, par Laurent et Saudemont contre la commune, qui avait vendu, et contre Terninck, qui avait acheté, demande admise par la commune, qui a toujours soutenu avoir vendu et pu vendre, et admise aussi par Terninck, qui s'empressa, en soutenant qu'il avait acheté, de prendre des conclusions en garantie contre la commune.

Pour mettre la commune de Bois-Bernard hors de cause et condamner Laurent et Saudemont aux dépens, l'arrêt du 26 juin 1858 a dû dire que la commune n'avait fait que renoncer aux droits plus ou moins éventuels que les habitants avaient ou pouvaient avoir sur le sentier litigieux, au point de vue du passage public des habitants.

C'est ainsi que Saudemont en arrive à perdre son procès à la Cour de cassation, parce que la commune a vendu, et à le perdre à la Cour de Douai, parce qu'elle n'a pas vendu.

Si la commune n'a pas vendu le sentier communal, le chemin, le sol, le terrain communal, où est donc le titre qui a autorisé Terninck à s'en emparer et à le conserver? Singulière position pour tout le monde : la commune n'a pas vendu, elle gagne son procès, mais elle perd le sentier communal; Terninck perd son procès, il n'a pas acheté le sentier, il paye la très-grande partie des dépens, une indemnité de 200 francs à Laurent et Saudemont, mais il conserve le sentier; quant à Laurent et Saudemont, ils ont prouvé qu'ils avaient, à raison de leurs propriétés, des droits d'issue, mais l'arrêt les leur enlève, à la charge de recevoir 200 francs d'indemnité et de payer 8 ou 900 francs de dépens.

Inutile de relever ici l'erreur de fait commise par la Cour, relativement aux conclusions prises en cause d'appel. La Cour n'a pas pu appuyer sa décision sur ce motif, car il suffit de lire ces conclusions pour s'assurer qu'en cause d'appel comme en première instance Laurent et Saudemont ont pris des conclusions formelles contre la commune, qui n'a pas été mise en cause mais appelée au procès par l'exploit introductif d'instance. Mais ce qui me porte à penser que la Cour a été fort préoccupée et gênée du besoin de justifier par des motifs le dispositif de sa décision, c'est le soin qu'elle a pris de rappeler que Saudemont et Laurent avaient demandé des dommages-intérêts ; oui, mais

Digitized by Google

ne confondons pas : ils n'ont pas demandé des dommages-intérêts pour remplacer les droits d'issue et de passage, mais le rétablissement du sentier pour l'exercice de ces droits, avec des dommages-intérêts pour la durée de la privation de ces droits; ils ont demandé le rétablissement du sentier ET des dommages-intérêts, et non pas le rétablissement du sentier OU des dommages-interêts. La Cour le constatè très-clairement elle-même, et dès lors je ne comprends plus comment le motif peut justifier l'allocation de l'indemnité de 200 francs.

Ne retrouve-t-on pas la présomption du même embarras dans les dispositions relatives aux dépens?

Laurent et Saudemont réclament comme riverains des droits d'issue et de passage;

Terninck les conteste;

La Cour admet la preuve le 13 août 1857, mais, le 26 juin 1858, elle juge que les droits réclamés ont disparu par la suppression du sentier.

Laurent et Saudemont ont donc eu tort de réclamer des droits qui n'existaient plus; ils succombent, et ils doivent être condamnés aux dépens; cela est évident. Mais pourquoi alors condamne-t-elle Terninck aux dépens des enquête et contre-enquête? Peu importe qu'il ait mis en dénégation certains faits, lorsque ces faits ne pouvaient conduire à aucun droit. En contestant les droits des riverains, il n'a élevé qu'une prétention fondée, puisque la Cour juge que ces droits avaient été enlevés par la suppression du sentier. Pourquoi encore condamner Terninck à la moitié des autres dépens, lorsqu'il gagne son procès? C'est, dit l'arrêt du 26 juin 1858, parce qu'il n'a offert aucune indemnité. Est-ce qu'il devait offrir une indemnité à des riverains qui ne la demandaient pas et qui n'avaient aucun droit de la demander? Il m'est difficile de reconnaître dans l'état des faits que les parties succombent respectivement. La demande c'était le droit de passage; le rétablissement du sentier n'était que le moyen de l'exercer; la Cour méconnaît le droit et refuse le rétablissement; donc Laurent et Saudemont succombent, et ils doivent être condamnés à tous les dépens.

Ce raisonnement peut-il être altéré par la considération que la Cour, déterminée par un sentiment d'équité, accorde d'office une indemnité? Non, car cette allocation ne fait pas succomber

Digitized by Google

Terninck, qui ne l'avait pas refusée, ni Laurent et Saudemont, qui ne l'avaient pas demandée.

Je sais bien que la Cour ne s'arrêtant pas devant la crainte de créer un moyen de cassation, en jugeant *ultrà petita* et croyant pouvoir allouer d'office une indemnité ni offerte ni demandée, il était difficile de ne pas mettre une partie des dépens à la charge de Terninck, qui gagnait son procès, mais qui ne s'en trouvait pas moins condamné à payer une indemnité de 200 francs.

Ce qui me paraît plus difficile à justifier, c'est le dispositif qui reconnaît et anéantit tout à la fois les droits d'issue et de passage de Laurent et Saudemont.

Les droits des riverains peuvent-ils ainsi être convertis en une indemnité? C'est la question que je me propose d'examiner en un dernier article. PETIT.

BIBLIOGRAPHIE.

INTRODUCTION A L'HISTOIRE DES SOURCES DU DROIT FRANÇAIS (*Principales questions controversées*), par M. A. BERTAULD, professeur à la Faculté de droit de Caen, ancien bâtonnier de l'ordre des avocats.

ESSAI SUR L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS DEPUIS LES TEMPS ANCIENS JUSQU'A NOS JOURS, *y compris le droit public et privé de la Révolution française*, par M. F. LAFERRIÈRE, membre de l'Institut, inspecteur général des Facultés de droit.

Article de M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

Je rends compte ici de deux ouvrages sur la même matière, écrits chacun par des auteurs aimés du public judiciaire. Les deux livres sont cependant bien différents. Aussi je n'entends pas les comparer : aucun des deux n'a le même but.

I. M. Bertauld, esprit à la fois livré aux théories du droit et à la pratique des affaires, professeur distingué autant qu'habile avocat, n'a point voulu donner au public une *Histoire du droit français*, même pour les périodes mérovingienne et carlovingienne. Son livre n'est qu'une PRÉFACE COMMUNE à tous les livres

Digitized by Google

qui en traitent; c'est un préservatif contre l'esprit de système. Il faut nécessairement le lire, avant que d'étudier les époques qu'il signale. « Je n'entreprends pas, dit-il, page 15, ni une histoire « *interne*, ni même une histoire *externe* des origines de notre « droit; je veux seulement recueillir, classer, condenser sur les « principales questions juridiques agitées à l'occasion des pé- « riodes mérovingienne et carlovingienne, les notions indispen- « sables à tout légiste qui ne croit pas que le meilleur moyen « de comprendre la loi en vigueur est de se condamner à l'igno- « rance de ce qui n'est pas elle, et notamment à l'ignorance de « ses précédents, à l'ignorance de ses titres généalogiques, « c'est-à-dire de ses causes. Je n'adresse pas aux érudits une « œuvre d'érudition; mais pour ceux qui ne savent pas encore, « et auxquels je veux inspirer la pensée et le désir d'apprendre, « j'essaye de résumer ce qui a été développé et approfondi « ailleurs, dans des livres qu'ils ne pourraient lire avec fruit que « plus tard. Le but de ma dissertation, ce n'est ni de redire « tout ce qui s'est dit, ni de dire des choses nouvelles. Ma ten- « tative est principalement une tentative de vulgarisation; mais « c'est aussi une tentative d'appréciation critique. Mon but « serait atteint si je familiarisais les jeunes hommes pour les- « quels j'écris avec l'opinion que les historiens, les publicistes, « Boulainvilliers, l'abbé Dubos, Montesquieu, Mably, M. de « Montlosier, M. Guyot, ne doivent pas nous rester plus étrangers « que ne doivent nous rester étrangères les idées qui ont préoc- « cupé Dumoulin, Hotman, Loyseau, d'Aguesseau, Proudhon, « Pardessus, M. Laferrière et M. Troplong. »

Ainsi le but de l'ouvrage est clairement et modestement indiqué. M. Bertauld écrit pour les jeunes hommes qui ne savent pas encore; il ne s'adresse pas aux savants, et, comme il le dit lui-même avec une bonhomie doucement malicieuse, il s'adresse aussi à ceux qui *peut-être* n'ont pas même l'ambition de devenir savants.

La forme du livre indique ce que l'auteur a voulu faire. On en connaît déjà le titre. Toute la partie principale en est imprimée en caractères *cicéro*; la pagination, marquée en chiffres *financiers*, comme en toute introduction, en toute préface, et s'arrête à la page CLXXXVI^e^. *L'appendice* seul, paginé en chiffres *arabes*, est imprimé en caractères plus fins, et contient seulement le chapitre IX (liv. VI), de l'*Histoire critique de l'éta-*

Digitized by Google

blissement de la monarchie française par l'abbé Dubos. C'est une réimpression heureuse d'un livre assez rare dans les bibliothèques privées. L'auteur pose les questions principales, et détaille les éléments de la controverse; il ne veut pas décider, mais on sent quelquefois son opinion prête à se faire jour. Au surplus, ce livre sera d'autant plus utile qu'il enseigne à douter sur des matières qui, en elles-mêmes, sont souvent problématiques, et qu'il apprend aux jeunes légistes à ne prendre pas légèrement parti sur les paroles du maître.

Le lecteur me pardonnera de ne pas analyser autrement un ouvrage qu'il faut lire en entier, et que je trouve trop court. Ce serait le reproduire sous une autre forme; et le pourrais-je? Il me faudrait prendre parti dans des questions que je n'aborderais pas sans crainte. J'aime beaucoup mieux en tirer ce que j'en appellerai ici *l'affabulation.* — C'est l'œuvre d'un professeur qui dit aux aspirants au doctorat : « Quand vous aurez subi, même « avec éloge, les épreuves de l'École, ne croyez pas encore sa- « voir l'histoire externe ou interne des diverses époques du droit « français. Tout ce que nous pouvons faire, nous qui sommes « vos maîtres et surtout vos amis, c'est de vous apprendre à « l'étudier. C'est en vous indiquant la vaste étendue du champ « historique, de vous enseigner quels sont les systèmes contraires « ou mixtes adoptés par ceux qui nous ont précédés, et de vous « signaler surtout les moyens de pousser plus loin vos études; « c'est de vous révéler enfin que ces études retrospectives n'ar- « riveront à un certain degré de certitude que pour ceux qui, « sur une époque quelconque de notre histoire, auront pu re- « constituer tous les éléments divers dont se composait la société « politique, civile et morale. Jamais elles n'y arriveront pour « le commun des lecteurs. »

II. L'ouvrage de M. Laferrière est une seconde édition d'un livre publié il y a quelque vingt ans, sous le titre d'*Histoire du droit français;* mais une seconde édition notablement augmentée : il en a comblé les lacunes; il y a fait des améliorations considérables; et cependant, il a changé le titre, en imposant aujourd'hui à son livre le nom plus modeste d'*Essai sur l'histoire du droit français.* L'auteur nous avertit lui-même, dans un court avant-propos « que, dans l'âge mûr, il n'a pas « voulu que l'œuvre de sa jeunesse, ardente pour le bien et

Digitized by Google

« passionnée pour les idées généreuses, sortît trop refroidie de « la révision d'un esprit aujourd'hui plus lent et devenu plus « difficile sur l'expression de la pensée. » De très-bonne foi, M. Laferrière croit ainsi mettre la critique à l'aise; mais à son insu, il la désarme. Qui donc oserait le blâmer de ces ménagements paternels? Plus de chaleur dans le style, un peu moins d'exactitude dans l'expression, c'est le propre de la jeunesse; et quand, malgré ces heureux défauts, un ouvrage a eu des succès, et des succès que l'auteur sent n'avoir pas été immérités, celui-ci en revoyant ses anciens travaux, balance entre son jugement actuel et son succès d'autrefois; il doute de lui-même, il craint, dans les retranchements, d'être irrespectueux envers le public et d'avoir l'air de juger son propre juge : il complète, c'est facile; mais il ne retranche guère.

Au surplus, M. Laferrière a un devoir bien plus important à remplir. Six volumes ont paru de son grand ouvrage sur l'histoire du droit français. La science attend les autres. Cette œuvre réclame tous ses loisirs. A peine lui pardonnons-nous les soins nouveaux qu'il a donnés à son premier-né.

C'est de ce premier ouvrage que je veux entretenir le lecteur.

D'après ce que j'ai dit sur l'*Introduction* de M. Bertauld, il est loin de ma pensée d'engager une controverse sur les solutions historiques de M. Laferrière. Je confesse sur ces grands objets mon incompétence absolue. Ma tâche est de bien faire connaître la physionomie et le caractère de l'*Essai sur l'histoire du droit français.*

En le lisant, j'ai éprouvé le regret de ne le pas tenir dans le format *in-octavo* : car l'*Essai* n'est pas un livre convenable seulement aux légistes. C'est un livre de bibliothèque, un ouvrage littéraire en même temps qu'ouvrage de droit; c'est un livre fait pour tous les hommes instruits, pour ceux qui veulent le devenir, pour quiconque veut avoir une idée juste de l'histoire de France; un livre, dont on relira de temps en temps quelques chapitres pour ressaisir l'ensemble de notre législation, sur l'époque particulière dont on étudierait l'histoire. On ne connaît pas bien l'histoire d'un pays, si l'on n'est pas familier avec les mœurs, avec les coutumes, avec les lois générales de l'époque dont on embrasse les faits. — Voici donc ce qu'a fait M. Laferrière. Il a associé rapidement l'histoire des faits généraux à l'exposé successif de la législation, en donnant ainsi un

Digitized by Google

corps à ce que le public penserait n'être susceptible que d'une expression abstraite et d'une sèche nomenclature. A l'époque de l'invasion, amie ou ennemie, du nord de la Gaule par les tribus franques, les Gaules étaient province romaine. Le premier livre comprend donc un tableau rapide du droit civil de Rome sous la république, par opposition au droit de l'empire qui graduellement s'est de plus en plus confondu avec le droit naturel et le droit des gens, et a régné sur les nations sous le nom de droit romain. Les lois des anciens conquérants formaient donc le fond de la législation sur une grande partie des Gaules. Elles étaient un des éléments qui constitueront le droit à venir; mais cet élément aura à se combiner avec deux autres, avec ce que les Gaulois auront conservé de leurs mœurs et de leurs lois anciennes, et avec les lois ou les coutumes germaines importées par les tribus franques qui, amies si l'on veut, ne s'emparèrent pas moins du commandement. Par dessus tout cela, le plus puissant des liens vint unir ces peuples confondus : une religion commune que les nouveaux venus embrassèrent avidement, la religion catholique. Un besoin d'unité se faisait sentir en Occident et dans la religion et dans la domination. Charles Martel et Charlemagne concourent à l'établir, l'un en repoussant les barbares du midi; l'autre en refoulant les barbares du nord et en rétablissant l'empire d'Occident, que les successeurs de Charlemagne laissèrent bientôt démembrer. Par la faiblesse des rois les bénéfices à vie deviennent de fait héréditaires, et forment des puissances locales; chaque homme ayant un grand bénéfice militaire veut devenir maître, et les faibles réclament le secours et l'appui d'un voisin plus puissant. De là, la féodalité formée sous la seconde race, et maîtresse du territoire au commencement de la troisième. Tel est l'objet du second livre qui s'allie au premier sous les titres : *Spiritualisme du droit romain; Le droit romain et le droit germanique dans les Gaules; Le droit germanique et ses transformations; Le christianisme et le droit romain à l'origine et en présence de la féodalité;* et ces deux livres sont d'une narration si rapide qu'ils ne couvrent que cinquante-sept pages.

J'aurais peut-être quelque chose à dire sur ce *spiritualisme*, qui, malgré les opinions régnantes, me paraît un peu hasardé. Pour moi, je n'ai jamais cru que les proculéiens fussent plus spi-

Digitized by Google

ritualistes que les sabiniens; et parce que ceux-ci étaient plus attachés aux lois anciennes et à leur expression littérale, je ne ferai pas d'eux des jurisconsultes matérialistes, ce que d'ailleurs M. Laferrière ne dit pas; mais le lecteur est disposé à l'entendre ainsi sous cette forme un peu trop vive à laquelle M. Laferrière a pardonné.

On s'attend avec raison à plus de développements sur l'histoire du droit pendant la troisième race. Elle occupe quatre livre entiers et forme la partie la plus considérable de l'ouvrage.

Sans contredit, c'est la meilleure, la plus savante, la mieux étudiée, la plus raisonnée comme elle est la plus étendue. Elle comprend depuis le XIe jusqu'au XVIIIe siècle; elle traverse une époque de décadence, de mœurs déchues et de servage; de renaissance graduelle à la liberté civile, avec un respect au moins extérieur pour tous les droits alors acquis; de luttes de la royauté et des légistes qui se dévouent à elle pour lui prêter une force, nécessaire peut-être à la conservation de la société et à la prépondérance extérieure du pays, mais qui certainement n'était pas dans l'esprit de ceux qui avaient porté les Capétiens au trône; de soumission sincère au chef de l'Église, d'entreprises lointaines et spontanées pour affermir et étendre son pouvoir religieux, en même temps que de résistance contre son pouvoir temporel en faveur de la liberté des rois dans leur empire, jusqu'à ce que la réforme (ou ce qu'on est tacitement convenu d'appeler ainsi), concourant avec la renaissance des lettres, vienne changer le cours des idées communes, enlève le nord de l'Europe à l'obédience, et dépose dans la société française, tantôt sous la forme philosophique, tantôt sous celle de la plaisanterie ironique et bouffonne, si puissante chez nous, de nouvelles maximes qui, en excitant chacun à l'examen individuel et des choses sacrées et des institutions politiques, entraîneront la France à une révolution qui voudra tout renouveler. Tels sont les éléments successifs de la science pendant cette période de sept cents ans environ que M. Laferrière a entrepris d'analyser et de mettre en action dans les trois cents et quelques pages qui terminent son premier volume, et il y a parfaitement réussi.

La division en est habile. Le livre IIIe a pour objet *Le droit féodal et coutumier;* le quatrième, *Le droit canonique;* le cin-

Digitized by Google

quième, *Les ordonnances des rois et les parlements*, et le sixième enfin, *L'ordre progressif et la classification des écoles scientifiques du droit romain et du droit français jusqu'en* 1789. J'aurai occasion de justifier plus tard cette division.

Le livre III, *Droit féodal et coutumier*, est divisé en deux sections : l'une sur les principaux monuments des coutumes et sur l'autorité reconnue des coutumes, même en pays de droit écrit; la seconde, sur leur esprit.

Nous glisserons légèrement sur les principaux monuments des coutumes nées de la féodalité. Il est intéressant d'en voir l'énumération dans l'auteur et comment il les caractérise. Nous arrivons ainsi à la célèbre ordonnance d'avril 1453, par laquelle Charles VII a ordonné que toutes les coutumes fussent rédigées et mises par écrit, « pour être apportées par devers le roi, qui « les fera voir et visiter par son conseil ou par son parlement, et « ensuite les décrétera et confirmera. » Si dès lors on n'avait pas encore l'unité de législation, le principe de l'unité de pouvoir était clairement posé. Les coutumes, même locales, n'existaient qu'en vertu de la sanction royale.

Ce que dit ensuite M. Laferrière sur l'autorité des coutumes est plein d'intérêt, à cause de la division de la France en pays coutumier et en pays de droit écrit. L'auteur démontre fort bien que le midi avait aussi ses coutumes particulières, et que le droit romain n'était pas sans influence dans les pays du centre ou du nord. Il examine là aussi la célèbre controverse si le droit romain devait être considéré comme loi commune et supplétive dans les coutumes qui n'y renvoyaient pas, et se prononce pour la prééminence de l'élément romain; mais j'oserai me plaindre ici que M. Laferrière n'ait pas abordé une autre question moins législative et plus usuelle, qui nous donnerait la clef d'une foule de décisions des derniers siècles, celle de savoir, dans le silence d'une coutume spéciale sur un objet habituellement réglé par les coutumes, s'il fallait s'en rapporter à telle ou telle coutume voisine ou à la coutume de Paris? C'est une dérivation de la grande question qu'il traite en romaniste, au préjudice de l'esprit coutumier, qui fait partie du caractère national. On comprend facilement que le droit romain pouvait être considéré comme la raison écrite, mais que dans les derniers siècles, et surtout depuis 1580, on pouvait aussi lui préférer la raison écrite dans la coutume de Paris,

Digitized by Google

comme plus conforme aux usages généraux de la France[1].

Je commence à oublier ce que je me suis promis; je reviens donc à mon sujet. Le livre est une histoire générale et rapide, et c'est dans cet esprit que je dois l'examiner.

L'intérêt croît encore dans la deuxième section : *Esprit des coutumes ou droit civil de la féodalité.* Je n'examinerai pas s'il y avait ou non des coutumes ou des usages (*mores aut consuetudines*) divers au moment de l'établissement de la féodalité. La vérité est que, s'il y en avait, les rapports de seigneur à vassal ont dû nécessairement les changer. En ce sens, je dirai avec M. Laferrière que les coutumes sont nées de la féodalité, et j'ajouterai que toutes celles qui nous sont parvenues n'en peuvent être que l'adoucissement. Cette section est supérieurement traitée, et l'on ne comprend comment l'auteur a pu la renfermer dans les limites de cent pages, qu'en considérant l'ordre excellent de ses divisions. D'abord un paragraphe *sur l'origine générale des coutumes.* Comme il les fait dériver de la féodalité, il divise en trois époques la féodalité, unique cause, selon lui, des coutumes : la première depuis l'invasion jusqu'au Xe siècle, où la féodalité s'accrut du droit d'aînesse et de primogéniture, sous le titre de *Naissance et développement de la féodalité.* La seconde époque, sous le titre de *Féodalité absolue et militaire*, n'est peut-être pas aussi nettement marquée, du moins pour son commencement. Je soupçonne qu'avant même l'hérédité des fiefs, la nature violente des Francs, surtout quand ils étaient assez puissants pour espérer la concession du bénéfice à leurs enfants, a considéré la guerre au voisin comme un juste moyen d'agrandissement territorial. Dans cette période de guerres privées, naissent les *fiefs de remise,* moyen d'acheter, par l'inféodation des alleux, la protection d'un suzerain; les seigneurs inféodent sur leurs vastes domaines les droits dont ils n'ont pas la faculté physique d'user entièrement, et l'Église elle-même, pour avoir des défenseurs, donne à fief et ses dîmes rendues obligatoires par Charlemagne et les édifices sacrés et la plèbe qui en dépendait. La fin de cette seconde époque

[1] Bien entendu, cette question même ne s'appliquait pas à certaines coutumes. J'en prends pour exemple la coutume de Normandie, tellement différente d'esprit, que cette province est la seule dont la législation coutumière ait eu l'honneur de prendre le titre de *Droit.* On disait dans l'usage *Droit normand;* on ne l'a jamais dit spécialement d'aucune province.

Digitized by Google

et le commencement de la troisième, que notre auteur intitule *Décroissance de la féodalité*, et qu'il semble faire remonter au temps des croisades, me paraissent devoir se fixer au règne de Charles VII, faible dauphin, mais roi trop méconnu, qui voulut, dans l'ordre politique, que les coutumes émanassent du pouvoir royal, en même temps que, par ses institutions militaires (l'établissement des *compagnies d'ordonnance* recrutées dans tout le royaume), il commençait à émanciper la royauté de la mauvaise volonté de ses grands vassaux, même de leur bonne volonté, si redoutable dans ses conséquences.

Quant *à l'Esprit des coutumes et aux développements du droit coutumier*, c'est encore l'excellence de la classification qui en rend la lecture attrayante et qui permet, même à l'homme du monde et de société, de se faire une idée juste de ce droit, que nous devrions tous mieux connaître. La première classification consiste dans la *Correspondance entre les personnes qui possèdent et les biens possédés*, les personnes nobles ou roturières, les biens nobles ou roturiers, l'affranchissement des serfs, la nécessité pour eux et pour leurs anciens maîtres d'acquérir ou de concéder des possessions à féconder par le travail, mais qui ne sortiront pas des mains du possesseur tant qu'il restera fidèle à son contrat. De là, la nécessité de l'ensaisinement, parce que le domaine est resté domaine du seigneur et doit lui retourner; de là, les cens, les rentes foncières, les rentes seigneuriales, les droits de rachat, lods et ventes et autres, pour représenter au seigneur concessionnaire les revenus et les profits de la chose dont il a donné l'entière possession. La deuxième classification s'occupe du *Rapport des coutumes avec le pouvoir seigneurial et avec la constitution de la famille féodale*, et notre auteur y trouve des *dérivations immédiates ou médiates de la féodalité*. Ce chapitre embrasse le retrait féodal et lignager, le droit d'opposition au mariage de l'héritière d'un fief, l'origine des institutions contractuelles, la garde-noble de l'héritier mineur, le droit d'aînesse et de masculinité, les renonciations des filles aux successions, l'origine de la succession des propres et de la règle *Propres ne remontent point*, les substitutions et droits de retour, les successions et les testaments. Certes, comme le fait entendre franchement l'auteur, il y a plusieurs de ces objets qui sont plutôt *entés* sur la féodalité qu'ils n'en sont la dérivation; mais l'auteur voulait rassembler tout ce que

Digitized by Google

renferment les coutumes, et faire généralement ressortir l'utilité que les seigneurs ont trouvée dans l'application aux biens féodaux de quelques principes extérieurs.

La troisième classification est relative aux dispositions coutumières dans leurs *Rapports avec les effets du mariage* sur les biens, avec le *Pouvoir administratif du mari et les garanties de la femme et des enfants contre les résultats de ce pouvoir.* Elle traite des origines de la communauté conjugale (et à ce sujet, qu'on soit ou non d'accord avec lui, il faut lire l'intéressante dissertation de M. Laferrière), du pouvoir marital, de l'émancipation des filles par le mariage, du douaire et du don mutuel dans les pays du Nord, de la dot et des gains de service en pays de droit écrit. Cette troisième classification est le complément de la seconde. A elles deux, elles forment le droit de la famille, car les objets dont elles traitent peuvent convenir à tout autre ordre social, et je dirai de cette classification ce que j'ai dit de la précédente : la plupart des objets qu'elle renferme étaient entés sur la féodalité. Je vais plus loin : ils ont été une des causes efficientes de sa ruine.

En même temps que M. Laferrière groupe les institutions coutumières autour de la féodalité, il fait aussi l'histoire des coutumes pour le droit privé des roturiers. Or, les précautions prises pour la conservation des biens dans les familles seigneuriales ont été dès le principe en partie communes aux roturiers, ou leur sont devenues communes plus tard. Ainsi c'est par les contrats de mariage, par les communautés fructueuses, par les institutions contractuelles, par les propres de successions et de communautés, par les douaires coutumiers devenant propres aux enfants, même par les substitutions, que les notables familles roturières ont conservé leurs biens et ont acquis une prépondérance qui leur a permis de lutter contre la noblesse. Si généralement la roture ne pouvait user du droit d'aînesse et de masculinité, toutes les coutumes n'étaient pas d'égalité absolue. Il y en avait de simple égalité, où l'enfant avantagé pouvait garder son don en s'abstenant de la succession ; il y avait aussi des coutumes de préciput qui permettaient au père de famille de se créer un aîné. La législation coutumière a donc aussi servi à grandir le tiers-état.

La quatrième classification s'occupe des *Garanties pour le maintien des coutumes féodales*, savoir : les guerres privées, les

Digitized by Google

justices seigneuriales et ce qu'on appelle en droit la réalité des coutumes. Ce que l'ouvrage en dit est très-court; mais en ce qui touche les statuts réels et personnels, je ne suis peut-être pas du même avis que l'auteur. Au surplus, je ne vois rien que de juste à régler tout ce qui concerne la capacité et les engagements par la loi personnelle du domicile, et le sort des immeubles par la loi du lieu de leur situation, et ce me paraît être, en fait de coutumes, la conséquence logique de l'établissement de la troisième race de nos rois, où le monarque, à l'égard des nobles, n'étant que suzerain, était dans la nécessité de respecter les lois personnelles et réelles des provinces et des nationalités originaires dont elles se composaient.

M. Laferrière a eu raison de placer ainsi, dès le commencement, le droit féodal et le droit coutumier. La marche de l'ouvrage en est devenue plus claire et plus rapide. La féodalité n'a été entièrement éteinte que par la révolution de 1789; les coutumes n'ont été abrogées que par la promulgation du Code civil. Il était donc d'une bonne méthode de traiter historiquement, après le droit féodal, du droit canonique et des juridictions ecclésiastiques en France, en considérant leur action sur la féodalité; puis de traiter ensuite des ordonnances de nos rois et de leurs parlements, luttant à la fois contre la féodalité, contre l'étendue de la puissance ecclésiastique et contre ses juridictions dans les affaires temporelles; enfin de terminer par un tableau des diverses écoles juridiques du droit romain et du droit français jusqu'en 1789, qui porte l'esprit à comprendre comment le droit coutumier et le droit romain se sont fondus dans le Code civil.

Je ne m'occuperai pas du livre IV, *Droit canonique;* il n'est qu'une rapide analyse de faits et ne contient que quarante pages.

Le livre V des Ordonnances est plus long.

Après un aperçu général sur les ordonnances, les états-généraux et les parlements, l'auteur divise son travail en deux sections. Il part de l'affranchissement des villes et communes, qui donna des sujets à une royauté qui jusque-là n'avait été que suzeraine, et à qui cet événement imposait de nouveaux devoirs en augmentant sa puissance. La première section embrasse une longue période, du XIIIe siècle au commencement du XVIIe. D'habiles divisions répandent la clarté au milieu de la multitude de faits législatifs : un premier paragraphe s'occupe de la *Lutte*

Digitized by Google

des ordonnances contre le pouvoir seigneurial et les juridictions ecclésiastiques; le deuxième traite de la *Direction des ordonnances vers l'organisation de la société civile* pour l'intérêt général des citoyens dans leurs relations privées, pour les actes nécessaires à l'état et à l'ordre des familles, et pour le commerce et l'industrie.

La deuxième section du même livre comprend une époque plus courte, de 1629 à 1789. Si l'histoire de cette époque est tellement féconde en événements et en grands travaux législatifs qu'elle rende de plus de plus intéressante la lecture de l'*Essai sur l'histoire du droit français,* elle est aussi trop connue pour en tenter l'analyse.

Le premier volume se termine par un livre VI sur les diverses écoles juridiques, sur l'ordre progressif et la classification des écoles scientifiques du droit romain et du droit français jusqu'en 1789.

On devine que l'intérêt doit croître encore dans le second volume, qui contient l'histoire du droit français pendant la révolution jusqu'à la publication du Code civil. L'auteur y conserve sa manière de diviser par périodes historiques et de subdiviser ses périodes par les objets du droit civil ou du droit public dont les assemblées se sont successivement occupées. Aussi, les livres VII et VIII, contenant 388 pages qu'on lit avec le même plaisir qu'un livre d'histoire, et qui mettrait l'homme du monde lui-même en état de comprendre mieux l'histoire de la fin du XVIIIe siècle.

Non que j'en partage toutes les opinions; mais je fais une appréciation du livre en lui-même : il y a dans cette partie beaucoup à apprendre pour ceux qui savent et s'appliquent au droit; il y a infiniment à gagner pour tous ceux qui lisent pour étudier l'histoire.

J'avais l'intention d'analyser ce second volume comme le premier. Mais cet article est déjà trop long; mais aujourd'hui M. Laferrière a toute cette partie à refaire sur un plan plus étendu; mais une portion des opinions que, plus jeune, il a émises est peut-être modifiée. Je dois donc m'arrêter, et faire seulement l'éloge de l'ordre et de la classification de cette partie, ainsi que du mérite littéraire de l'ouvrage entier, mérite si rare aujourd'hui dans les livres de droit!

La seule chose que je crois devoir blâmer d'une manière gé-

Digitized by Google

nérale, c'est le livre IX, intitulé *Époque actuelle*. Ou il aurait fallu deux volumes pour écrire l'histoire du droit depuis la publication du Code civil, ou il ne fallait pas s'en occuper. L'auteur a voulu rester fidèle à son titre : « *Jusqu'à nos jours,* » mais alors, forcé de marcher rapidement, il ne peut en quelques pages qui lui restent, qu'être incomplet. Il est nécessaire que l'historien qui a embrassé de longues époques, s'arrête un peu avant la sienne. La transformation est opérée à la publication du Code civil. Le droit nouveau commence. L'histoire des changements que le droit a subi depuis lors, forme autant d'épisodes dans l'enseignement du droit civil, qui appartiennent aux professeurs du Code civil; et selon moi, ce dernier livre aurait dû être sacrifié. J'invite donc sérieusement M. Laferrière à s'arrêter là, même dans son grand ouvrage. La limite est naturelle, et M. Laferrière aura fait assez en bornant à ce point la tâche immense qu'il a entreprise, et dont tous nous voudrions voir la fin.

COIN-DELISLE.

DE L'ÉTUDE
DU DROIT CIVIL ET ADMINISTRATIF EN SAVOIE ET A NICE.

Par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

Je désire qu'on ne se méprenne pas sur la portée du titre de cet article : je n'ai nullement la pensée ambitieuse de tracer ici une *méthode d'enseignement du droit civil et administratif;* je veux seulement répondre aux instances d'un magistrat, français d'hier, qui m'a récemment exprimé le désir de connaître, par une rapide *esquisse bibliographique*, quels sont les auteurs les plus accrédités et les ouvrages les plus pratiques dans ces deux branches du droit français; — et qui m'a prié, en outre, de lui faire parvenir mes indications à ce sujet par l'intermédiaire de la *Revue critique de législation*, afin, me disait-il, de n'être pas seul à en profiter.

Ceci dit, pour expliquer la publication d'un travail que son insuffisance même condamnait à ne point franchir les limites des communications épistolaires, et dont la bienveillance d'un collègue pourra seule se contenter, qu'il me soit

Digitized by Google

permis de dire ici tout d'abord nettement mon opinion sur la nécessité où vont se trouver placés les jurisconsultes du versant oriental des Alpes, d'aborder sans retard l'étude du droit français par son côté pratique, et de s'initier ainsi le plus tôt possible à l'application d'une législation dont ils n'ont pu suivre, il est vrai, tous les progrès, mais dont ils n'ignorent certainement ni la grandeur, ni les bienfaits, ni la puissance.

Quelque profondes que puissent être les sympathies d'une province étrangère pour un peuple voisin, quelque semblables qu'en soient les mœurs et les usages, quelque solidaires même qu'en puissent être les intérêts, la réunion intime de leurs territoires ne saurait être consommée sans des embarras qu'on peut s'efforcer d'amoindrir, sans des difficultés dont on doit préparer la solution.

La cause de ces difficultés, le principe des obstacles se trouvent d'ordinaire dans l'attachement traditionnel des populations pour certaines de leurs institutions anciennes, dans l'ignorance des avantages d'un régime nouveau, et par-dessus tout dans les habitudes prises. — Ces habitudes, un désir ardent de changer de nationalité ne suffit pas pour les convertir et les rompre, il faut encore le temps et de persévérants efforts.

L'intérêt individuel saura promptement substituer de nouvelles relations commerciales à celles qui auront été brisées, mais il sera moins aisé, non pas de faire accepter, mais de faire pratiquer, ce qui est fort différent, une législation jusque-là étrangère; aussi voyons-nous qu'il est toujours d'une bonne politique de ne toucher qu'avec d'excessifs ménagements aux lois et aux coutumes des pays que l'on conquiert ou que l'on accueille lorsqu'ils s'offrent librement, et qu'il est d'usage de tempérer, par une période de transition, la substitution d'une législation à une autre. — Cette manière de procéder est loin, toutefois, de constituer une règle absolue; tout dépend de la tendance qui rapproche les deux pays, de l'inclination plus ou moins vive qui les porte l'un vers l'autre, car il serait aussi dangereux de retarder leur assimilation lorsque les intérêts la réclament qu'il le serait de la précipiter lorsqu'ils la redoutent.

Ce n'est pas, Dieu merci, ce qui est à craindre pour ces provinces qu'un vote unanime vient de donner à la France : la langue, les mœurs, le caractère des habitants, tout, jusqu'à la configuration du sol, avait depuis longtemps décidé et ac-

Digitized by Google

compli l'annexion que les traités ont consacrée; — le *comté de Nice* et *la Savoie* étaient français bien avant d'être la France.

La législation française est donc au moment de s'étendre sur nos nouveaux départements; ce qui a été fait au début de ce siècle doit inévitablement se reproduire aujourd'hui; — cette sage mesure, autorisée par une première et heureuse expérience, sera sans doute accueillie avec joie par les populations; — en cela comme en toute chose, le gouvernement procédera avec l'habileté qui est dans ses habitudes. Mais si nous n'avons pas à devancer, par des suppositions, les tempéraments que la prudence lui inspirera, on peut, et je dirai plus, on doit prévoir les difficultés de détail que le défaut de pratique de nos lois pourrait créer dans leur application et s'efforcer de les prévenir en se familiarisant avec elles.

Sous ce rapport, c'est bien moins un monde nouveau qu'un labyrinthe qui va s'ouvrir devant les magistrats et les jurisconsultes des provinces annexées; s'ils connaissent en effet les grandes lignes de notre législation et de nos institutions constitutionnelles, ils en ignorent forcément les mécanismes particuliers et la mise à exécution : — il leur faut donc « un fil d'Ariane, ainsi que le reconnaît mon honorable collègue, » pour s'avancer dans la voie inexplorée qui s'ouvre devant eux, ou tout au moins un *indicateur*, afin de ne pas trop souvent faire fausse route.

Cet embarras des magistrats, des avocats, des officiers ministériels, de tous ceux, en un mot, qui se trouvent obligés par leur position d'apprendre et de connaître la législation française dans un bref délai, est facile à comprendre; ce serait y ajouter que de leur signaler tous les traités et tous les commentaires qui, depuis un demi-siècle, ont été publiés sur chacune des parties de notre droit, — ils ne pourraient ni les lire ni les approfondir; — on s'égarerait à vouloir tout embrasser, il faut donc faire un choix et se restreindre.

Dans le but de mettre un terme aux interminables disputes et aux divergences d'opinions qui divisaient les diverses sectes juridiques de l'ancienne Rome, et qu'entretenait la multitude des livres de droit, Adrien avait désigné les jurisprudents dont les décisions devaient l'emporter et faire autorité en justice.

L'Opinion publique, ce César des temps modernes, a, comme

Digitized by Google

Adrien, désigné depuis longtemps, dans chaque branche du droit, les jurisprudents dont les écrits ont le plus de poids dans la balance de la justice en France; — c'est à les faire connaître que je crois devoir me borner en cette circonstance. — Je ne dispenserai ni la critique ni l'éloge, j'indiquerai purement et simplement les ouvrages les plus pratiques, les plus estimés, ceux, en un mot, dont les hommes du droit me paraissent devoir se fournir pour l'intelligence et l'application usuelle de nos lois *civiles* et *administratives*, ainsi que cela m'est demandé.

I.

Je commence par les ouvrages qui traitent du *droit civil*, par la raison que les lois qui protégent et règlent l'exercice des droits privés des citoyens étant le fondement de l'ordre social, demandent, pour être comprises et bien connues, un travail plus soutenu et une étude plus longue. — Il faut donc l'entreprendre sans retard, car on ne saurait éclairer trop tôt les intérêts privés sur le régime nouveau auquel ils vont se trouver incessamment soumis.

Le premier livre et le plus important à ce point de vue est, on le comprend sans peine, un recueil contenant, à l'exemple du *Corpus juris*, tous nos Codes et les textes des lois non codifiées qui s'y rattachent.

Sans méconnaître les avantages particuliers des différentes publications de cette nature, je crois devoir recommander tout particulièrement le recueil *des Codes français et des lois usuelles*, dû aux soins intelligents de M. Louis Tripier; — c'est en effet le seul où se trouvent rapportées les lois nouvelles rapprochées des dispositions du droit ancien ou intermédiaire auxquelles elles ont succédé. — Nos Codes, les lois détachées qui les complètent, les sources qui les expliquent et les éclairent, les tarifs tant en matière civile qu'en matière criminelle, sont d'ailleurs rassemblés dans les *Codes Tripier* suivant un ordre et une méthode remarquables pour la facilité des recherches.

A côté des *Codes Tripier* qui contiennent les textes, on doit signaler les *Codes annotés*, de Sirey, contenant toute la jurisprudence jusqu'à ce jour et la doctrine des auteurs, refondue par M. P. Gilbert avec le concours de M. Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation, et de M. Cuzon, avocat à la Cour impériale de Paris. — Il n'est pas, en effet, un magistrat qui

Digitized by Google

ne possède et ne consulte chaque jour cette intelligente publication. — Elle forme depuis longtemps la base de toute bibliothèque de droit; — je n'ai rien à ajouter à tout ce qui a été dit au sujet de l'ordre et du choix des arrêts et des opinions que M. Gilbert a classés sous chacun des articles de nos Codes.

Avant d'entreprendre l'examen réfléchi des institutions de notre droit civil, on aimera sans doute à remonter à leur origine. Dans cette étude historique, on ne saurait mieux choisir que M. Laferrière, dont l'*Histoire du droit français* est une œuvre d'érudition aussi puissante par le style que par la profondeur des idées.

Hâtons-nous d'arriver à la partie fondamentale de notre législation, au *Code Napoléon*. Sur lui vont infailliblement se concentrer toutes les préoccupations des jurisconsultes de nos nouveaux départements. En face du vaste et immortel recueil de nos lois civiles, l'appréhension ne nous étonne pas; et pourtant que l'on n'exagère point ce sentiment, car pour quiconque connaît la loi civile de Sardaigne, quelques efforts suffisent à l'intelligence de notre Code civil. — Un souvenir historique se place naturellement ici sous notre plume. — Au début de ce siècle, lors de la réunion de la Sardaigne à la France, le Code Napoléon y fut mis en vigueur; en 1814, la maison de Savoie rétablit les constitutions de 1770 et les lois postérieurement promulguées jusqu'en 1800. Mais ces législations anciennes et confuses pesaient à un pays qui avait joui, durant plusieurs années, des bienfaits de notre organisation; aussi après de longs travaux préparatoires, en 1837, le roi Charles-Albert promulgua le Code civil sarde, rédigé en italien et en français, et se rapprochant beaucoup de notre Code civil. Pour comparer les deux législations, il n'est pas de guide plus sûr que M. Anthoine de Saint-Joseph. — *Par sa concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, ce savant magistrat a préparé d'avance l'initiation des jurisconsultes de la Savoie et de Nice à la connaissance de nos lois civiles. Ce travail, fruit de patientes et infatigables recherches, sert en effet de trait d'union entre notre loi française et les lois civiles étrangères, puisque en regard du texte même des dispositions du Code Napoléon sont placées les dispositions correspondantes du Code sarde. Ce rapprochement, en quelque sorte matériel,

Digitized by Google

facilite entre les deux législations une comparaison pour l'appréciation de laquelle, du reste, nous ne pouvons que renvoyer à l'excellent travail lu à l'Académie des sciences morales et politiques par le comte Portalis, et publié, sous forme d'introduction, dans l'édition du Code civil de M. Victor Foucher.

Les connaissances acquises des jurisconsultes de Nice et de la Savoie les aideront à comprendre rapidement le Code Napoléon, mais elles ne suffiront pas; il est indispensable en effet, non-seulement d'examiner les différences qui caractérisent les deux corps de droit, mais encore de se fixer, relativement aux institutions analogues ou identiques, sur l'interprétation particulière de notre jurisprudence. Pour réussir dans ce travail, il faut s'appuyer sur l'autorité d'un maître, à défaut duquel on risquerait de s'égarer. Mais, entre tant d'auteurs d'un incontestable mérite, comment se décider? Les noms de Toullier, Proudhon, Delvincourt, Demante, de MM. Troplong, Marcadé, Zachariæ, Demolombe, etc..., rendent le choix difficile; il n'est pourtant pas impossible de choisir, car ce n'est pas le traité le plus savant, le plus profond, qu'il faut proposer à ceux dont l'esprit, déjà mûr et exercé, réclame un exposé saisissant des principes, mais celui qui précise le mieux les *principes* et la *règle*, et qui, pour la solution des difficultés, puisse fixer le plus rapidement l'homme du droit sur l'état de la question, les opinions pour et contre et les décisions les plus accréditées des cours et des tribunaux, un livre en un mot en même temps *profond et élémentaire*, *théorique et pratique*, dans le sens et avec la portée la plus large. Or, à nos yeux, il en est peu parmi ceux que nous avons cités qui réunissent ces qualités spéciales au même degré que l'*Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, par MM. Marcadé et Paul Pont. Suivant nous, c'est bien là le traité qui convient à ceux qui entreprennent, en quelque sorte, l'étude du droit civil français, mais qui l'entreprennent avec une science juridique considérable et une expérience éprouvée. Nous conseillons donc aux jurisconsultes de nos nouvelles provinces d'aborder, ce livre à la main, la lecture et la méditation du Code Napoléon.

Au commentaire sur l'ensemble du Code, il faut joindre quelques commentaires spéciaux où les matières importantes sont développées avec plus de détails. — Sur les successions, c'est à l'excellent ouvrage de Chabot (de l'Allier) qu'il faut recourir.

Digitized by Google

Pour les donations et les testaments, un des plus exacts et des plus sûrs est le commentaire de M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris et rédacteur de la *Revue critique de législation et de jurisprudence*. Après le traité des Obligations de Pothier, on ne saurait se dispenser de connaître le savant et profond commentaire de Toullier sur ce sujet. Pour s'éclairer ensuite sur l'importante matière des conventions matrimoniales, le *Traité du contrat de mariage*, de MM. Rodière et Paul Pont, est un livre précieux. Ces deux jurisconsultes, dans un langage net et précis, ont envisagé leur sujet sous le triple point de vue de l'histoire, de la doctrine et de la jurisprudence, et c'est un mérite propre à ce travail, comme le faisait remarquer M. Championnière, « que les auteurs sont partis de la pratique pour ar- » river à l'intelligence des textes et à la reconnaissance de » leurs principes. » Parmi les derniers titres du Code, comment ne pas signaler celui qui renferme les dispositions de notre loi civile sur *les priviléges et hypothèques, en un mot notre régime hypothécaire ?* Effroi de tous les juristes, écueil de plusieurs, cette épineuse matière, que le savant commentaire de M. le premier président Troplong a si magistralement éclairée, a été depuis améliorée à certains égards, mais assurément compliquée par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. De tous les commentaires, le plus exact, sans contredit, le plus récent et le seul qui ait fondu dans son cadre et l'ancien titre du Code et la loi sur la transcription, c'est le *Commentaire-traité des priviléges et des hypothèques* de M. Paul Pont, conseiller à la Cour impériale de Paris, commentaire complété par le travail que ce savant et judicieux magistrat vient de publier avec M. Seligman, juge à Laon, sur la loi du 21 mai 1858, modificative de la procédure de l'*Ordre* et de quelques points de la *Saisie-immobilière*.

II.

Il me reste à parler du droit administratif. — Cette partie de notre droit n'est pas moins riche que les autres; mais comme sur ce point la législation, en ce qui concerne les principes, a laissé presque tout à faire à la doctrine et à la jurisprudence, le mieux, pour ne pas s'égarer, sera de se restreindre plus encore, et de se faire l'homme de l'*unius libri*.

On ne peut rien préjuger sur le moment et le mode de l'or-

Digitized by Google

ganisation administrative de nos nouvelles provinces, mais on peut cependant affirmer que notre régime administratif sera tôt ou tard substitué à celui qui les régit encore. — Ce régime dont le principe est « la centralisation de l'action gouvernementale et la décentralisation de l'action administrative, » car, ainsi que le dit le préambule du décret du 25 mars 1852, « on doit gouverner de loin, mais on n'administre bien que de près, » ce régime doit être étudié avec soin et d'avance par les administrateurs qui auront à en procurer les bienfaits aux populations. — Les fonctionnaires de tous rangs et de tout ordre doivent dès ce jour se familiariser avec lui pour prévenir les conflits et les excès de pouvoirs qui pourraient résulter de l'ignorance de leurs attributions respectives. — Les particuliers ne sont pas moins intéressés d'autre part à connaître les règles qui circonscrivent la puissance des agents du pouvoir, afin de ne pas se faire illusion sur l'étendue de leurs droits. Bien qu'une pareille étude soit ainsi utile à tous, il n'est cependant pas également nécessaire que tous cherchent à s'élever au même degré de science sur ce point. — Pendant que des notions générales suffisent aux *citoyens*, les *fonctionnaires* sont tenus d'entrer plus avant dans son étude, de ne pas reculer devant les détails, de descendre aux applications minutieuses. Les premiers trouveront tout ce qu'ils doivent savoir dans le *Cours de droit public et administratif* de M. Laferrière, inspecteur général des écoles de droit, tandis qu'il est indispensable que les autres se prémunissent du *Traité général de droit administratif* de M. Gabriel Dufour, avocat au Conseil d'État; — c'est le seul ouvrage, on peut le dire, qui puisse les mettre à même de répondre à toutes les difficultés de la pratique.

Je dois borner là mes indications; car à l'homme intelligent il faut *peu de livres*, à la condition qu'ils soient bons, et je crois n'avoir ici recommandé que *les meilleurs*. » G. ROUSSET.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Législation et de la Jurisprudence en matière d'Enregistrement.

Par M. Gabriel DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. Réforme partielle de la législation fiscale, relative à l'enregistrement des *marchés commerciaux.*

2. De deux principes fondamentaux de la perception, qui pourraient appeler une réforme radicale :
   I. Du principe de la *non-distraction des charges ;*
   II. Du principe de la *non-restitution des droits perçus.*

3. Danger des principes arbitraires.

4. Incertitudes et variations de la jurisprudence dans la limitation du principe de la *non-distraction des charges :*
   I. Legs de sommes n'existant pas en nature dans la succession du testateur ; — décès du légataire universel avant la délivrance de ces legs.
   II. Usufruit de sommes. — Réflexion sur ce qu'on appelle la *propriété d'une somme.*
   III. Reprises de la femme.
   IV. Donation de somme, payable à terme.

5. Sévérité de la jurisprudence dans l'application du principe de la *non-restitution des droits perçus.*

6. Dispositions rigoureuses des lois du 3 mai 1841 et du 25 juin même année, faisant courir la prescription *contra non valentem agere.*

7. Conclusion.

La propagation des notions économiques, en appelant la discussion sur notre système d'impôts, fait aujourd'hui plus que jamais aux jurisconsultes un devoir de suivre, en matière d'enregistrement, le développement de la législation et de la jurisprudence. Les lois organiques de cet impôt sont, sans doute, à peu près étrangères aux données de la science pure ; elles relèvent moins de la théorie rationnelle que de la tradition historique. Mais dans les réformes partielles que l'expérience y a successivement introduites, il en est plusieurs qui corrigent heureusement l'âpreté de la législation primitive, et en rendant la perception plus humaine, mieux appropriée aux

Digitized by Google

besoins de la pratique, tendent à la faire aussi mieux accepter par nos mœurs présentes.

1. C'est dans cet esprit que nous paraît conçue la disposition de la loi de finances du 11 juin 1859 (art. 22, 23, 24), relative aux *marchés commerciaux*. Habituellement, ces marchés sont rédigés sous-seing privé, et ne sont pas présentés à l'enregistrement. Quand une contestation vient à naître, les parties argumentent des *conventions verbales*, et c'est alors sur le jugement qu'est perçu, s'il y a lieu, le *droit de titre*, encouru par la convention. Une pareille marche requiert, dans tout le cours de la procédure, une grande dextérité de rédaction et de grandes précautions de style. A la moindre inadvertance, le Trésor reprend ses droits : la convention prétendue verbale se trouvant constatée par un acte écrit, *produit au cours d'instance*, le droit et, à titre de peine, le double droit d'enregistrement sont exigibles sur l'acte en question.

Tel est le résultat des principes généraux de la législation fiscale sur les actes sous-seing privé. L'application de ces principes à la matière des marchés commerciaux présentait une rigueur particulière : la contestation n'était engagée que sur une partie des clauses du marché; mais une fois l'acte produit, l'impôt atteignait l'ensemble de la convention, et ainsi très-souvent, pour un débat de peu d'importance, le droit d'enregistrement se trouvait liquidé sur des valeurs considérables. La loi nouvelle corrige cette rigueur.

Désormais, aux termes de l'article 22 de ladite loi : « Les « marchés et traités réputés actes de commerce par les ar- « ticles 632, 633 et 634, n° 1er du Code de commerce, faits ou « passés sous signature privée, et donnant lieu au droit propor- « tionnel, suivant l'article 69, § 3, n° 1, et § 5, n° 1 de la loi « du 22 frimaire an VII, seront enregistrés *provisoirement*, « moyennant un droit fixe de deux francs, et les autres droits « fixes auxquels leurs dispositions peuvent donner ouverture, « d'après les lois en vigueur. Les droits proportionnels édictés « par ledit article seront perçus lorsqu'un jugement portant con- « damnation, liquidation, collocation ou reconnaissance, inter- « viendra sur ces marchés et traités, ou qu'un acte public sera « fait ou rédigé en conséquence; *mais seulement sur la partie « du prix ou des sommes faisant l'objet soit de la condamnation,*

Digitized by Google

« *liquidation, collocation ou reconnaissance, soit des disposi-* « *tions de l'acte public.* » Cette dérogation notable au système général de la perception se justifie par la faveur du commerce et de l'industrie; elle est d'ailleurs en harmonie avec les réformes accomplies dans d'autres parties de notre législation financière, sans aucun préjudice pour le Trésor; car on a vu souvent l'abaissement du tarif, en multipliant la consommation, augmenter en définitive le produit total de l'impôt[1].

2. La réforme que nous venons d'étudier est limitée à un certain genre de contrat, les *marchés et traités*, et à une certaine catégorie de personnes, les *commerçants*. Si jamais le législateur procède d'une façon plus radicale et aborde les principes fondamentaux de la perception, il en est deux qui devront appeler surtout son attention, car ce sont les deux points qui répugnent le plus à la raison commune. Nous voulons parler du principe suivant lequel, dans les mutations par décès, les biens sont évalués *sans distraction des charges* (voy. art. 14, loi du 22 frimaire an VII), et de cet autre principe formulé par l'article 60 de la même loi : « Tout droit d'enregistrement perçu « régulièrement en conformité de la présente, ne pourra être « restitué, *quels que soient les événements ultérieurs*, sauf les cas « prévus par la présente. »

Ces deux principes procèdent des traditions de la législation ancienne, mais ils ont survécu aux motifs qui les y avaient introduits.

1. Jadis, en effet, l'impôt des successions ne portait pas sur les meubles, et comme, en général, les dettes suivaient ce genre de biens, il y avait une sorte de compensation entre l'immunité des meubles et l'obligation de payer l'impôt sur les immeubles, *sans distraction des charges*. Aujourd'hui, au contraire, les meubles sont assujettis à l'impôt; même, depuis la loi du 18 mai 1850, ils subissent le même tarif que les immeubles; cependant le principe de la non-distraction des charges a subsisté. Il résulte de là qu'une même valeur, un même sac d'écus, par exemple, peut supporter l'impôt dans deux successions, dans celle du prêteur, à titre de créance; dans celle de l'emprunteur, à titre de propriété! Ainsi, en conservant le principe

[1] V. cependant ci-dessus, p. 356, les observations critiques de M. Cuënot.

Digitized by Google

ancien, la législation moderne en a singulièrement augmenté la rigueur.

II. Une observation analogue se présente relativement à la disposition précitée de l'article 60, suivant laquelle l'irrégularité d'une perception apparaissant *ex post facto*, par l'effet d'*événements ultérieurs*, n'autorise pas la restitution des droits perçus. Un tel principe n'était pas reçu anciennement pour les droits seigneuriaux; on y appliquait les règles communes. Dans les ventes affectées d'une condition résolutoire, le droit, disait-on, est ouvert incontinent, parce que le contrat est *pur* dans son principe « *de sorte néanmoins que le seigneur*, si l'événement « de la résolution arrive, *est tenu de rendre ce qu'il a reçu* [1]. » Il en était autrement pour le centième denier. Mais pourquoi? A cet égard, il est curieux de noter dans quels termes s'exprime un commentateur des tarifs, pour motiver la règle aujourd'hui consacrée par le législateur : « Le centième denier, dit-il [2], étant « fondé sur la translation de la propriété, les ventes dénuées « de tradition ne devroient point être assujetties à ce droit, « puisqu'il n'y a que la tradition qui transfère la propriété.....; « cependant les commis ne doivent pas hésiter à en percevoir « le droit de centième denier au moment qu'elles leur sont pré- « sentées, autrement il arriveroit que la tradition qui n'est pas « nécessaire pour rendre ces ventes obligatoires (puisqu'elles le « sont par la seule convention) venant à se faire par la suite, ils « auroient abandonné le droit de centième denier d'une vente « qui, par l'événement, se trouveroit parfaite et consommée. « Il est vrai que, *dans les règles*, ce droit ne devroit être perçu « que *par provision, et devroit être rendu* dans le cas où le ven- « deur rentreroit dans son héritage avant l'exécution de la vente; « *mais cette maxime seroit contraire à l'ordre de régie des fermes*, « *parce que les fermiers ne pourroient jamais compter sur des* « *productions certaines.* »

Aussi, *l'ordre de la régie des fermes* avait fait passer sur les règles de la justice, et si ce motif autrefois n'était pas absolument péremptoire, il est aujourd'hui beaucoup moins satisfai-

[1] Sudre, sur Boutaric, *Traité des droits seigneuriaux*, au chapitre *Des lods*, § 11, n° 17.

[2] *Commentaire sur les tarifs du contrôle des actes et de l'insinuation, du 29 septembre 1722, et sur les droits du centième denier.* — Paris, 1766, in-12, à la page 43.

Digitized by Google

sant. Le fermier, préposé pour un temps à la collecte des impôts, chargé lui-même envers le Roi d'obligations précises, devait, comme dit le commentateur, pouvoir *compter sur des productions certaines*, et obtenir son quitus à l'expiration de sa ferme. Voilà les motifs honnêtes que l'on peut opposer à l'introduction de la règle, sans qu'il soit besoin de rappeler, avec Montesquieu, qu'en maintes circonstances « le traitant, inter-« prète des règlements du prince, *exerçait* un pouvoir arbitraire « sur les fortunes [1]. » Mais aujourd'hui ces considérations ont-elles la même valeur? L'administration honorable qui perçoit l'impôt pour le compte de l'État, n'est pas dans la situation de ces traitants, avides de réaliser leurs bénéfices,

> Et qui tous à l'envi s'empressaient ardemment
> A qui dévorerait ce règne d'un moment !

Parlons sérieusement : il est sans doute à désirer que l'État, lui aussi, puisse compter sur des produits certains. Mais avec l'admirable précision de notre comptabilité publique, il serait facile d'évaluer en moyenne le montant présumé des restitutions pour chaque exercice. Les produits de l'enregistrement, comme ceux de toutes les contributions indirectes, ne figurent que par approximation dans le budget des recettes ; en fait, et dès à présent, un grand nombre de restitutions sont opérées, à la suite de réclamations administratives ou judiciaires, pour des perceptions irrégulières dans leur origine, et l'ordre de la comptabilité n'en est aucunement troublé. Au fond, la réforme demandée n'aurait qu'un inconvénient, et celui-là est notable, ce serait de diminuer les produits définitifs de l'impôt; mais ce dommage pourrait être compensé par des perfectionnements apportés sur d'autres points aux procédés de la perception. En l'an VII de la République, à une époque où l'état de nos finances était déplorable, de telles considérations ne pouvaient guère être accueillies; le législateur alors pouvait se croire obligé de recueillir la tradition des vieux expédients financiers. Mais aujourd'hui que la théorie de l'impôt tend à se constituer à l'état de science, il serait temps de mettre la loi de l'enregistrement d'accord avec les principes supérieurs de la justice et de la raison.

[1] *Esprit des lois*, livre XIII, chap. 9.

Digitized by Google

3. Le danger des principes arbitraires n'apparaît pas seulement dans le champ de leur application directe; il se manifeste encore par l'incohérence des déductions qu'on en tire. La justice produit ensemble et harmonie; l'arbitraire entraîne après soi le désordre et la confusion. L'introduction dans la loi d'un principe contraire aux notions supérieures de la justice, amène dans les décisions des tribunaux les incertitudes, les hésitations et, comme on dit, les revirements de la jurisprudence.

4. Cette reflexion se présente à l'esprit quand on suit le tableau du développement de la jurisprudence relativement à l'application du principe fiscal de la *non-distraction des charges.*

Ce principe a lieu incontestablement pour les dettes du défunt, procédant du *mutuum* ou de titres équipollents; c'est là ce que j'appelle son champ d'application directe. C'est là que l'interprète de la loi doit se soumettre, en présence d'une disposition impérieuse et précise : *Dura lex, sed lex !*

Mais il est d'autres cas où l'énormité des conséquences a fait reculer la jurisprudence devant une application par trop servile et littérale. La difficulté est alors de retrouver dans les arrêts, intervenus sur des matières analogues, la théorie en vertu de laquelle on peut arriver à fixer la limitation du principe dont il s'agit.

I. Ainsi, pour les legs des sommes n'existant pas en nature dans la succession du testateur, la Cour de cassation décide : — qu'au décès du testateur, le montant des sommes léguées à titre particulier doit être *déduit des valeurs* transmises au légataire universel [1]; — et, par une juste conséquence, qu'au décès de celui-ci, le montant desdites sommes, non encore payées par lui, doit être *déduit* ou *distrait* (ces deux mots sont absolument synonymes) de la masse de son patrimoine, quelle que soit d'ailleurs la nature des biens qui le composent [2].

II. Même solution pour le cas d'usufruit de sommes. L'héritier du quasi-usufruitier a « le droit de *faire distraction* » sur

[1] Cassat., 30 mars 1858 (Répert.-Garnier, n° 997). V. l'Examen doctrinal du mois d'avril 1859 (*Revue critique*, t. XIV, p. 295).

[2] Cassat., 16 août 1859 (Répert.-Garnier, n° 1223). Il existe en sens contraire un arrêt de la chambre des requêtes du 17 février 1857 (*ibid.*, 781). Malgré la diversité des espèces, je pense que la doctrine de ces deux arrêts est inconciliable. J'ai cherché à démontrer ce point dans une dissertation spéciale (Répert.-Garnier, n° 1248).

Digitized by Google

le patrimoine de celui-ci, du montant de la somme dont un tiers a la propriété; la Cour statue ainsi, en propres termes, dans une espèce où la somme soumise à l'usufruit, montait à 300,000 francs, et où l'usufruitier laissait un mobilier évalué 5,035 francs 85 centimes, et le reste de sa fortune en immeubles [1].

Ainsi la propriété d'une somme, propriété qui existe seulement d'une manière abstraite, *indeterminatè et abstrahendo a corporibus*, suivant la définition de Saumaise, qui révoltait Pothier [2], une propriété de telle nature suffit aux yeux de la Cour, en l'absence d'aucun texte précis, pour limiter le rigoureux principe de la *non-distraction des charges*.

Arrêtons-nous un moment sur cette idée de la *propriété abstraite*, car elle contient le nœud de toute la controverse.

Il est bien vrai, qu'au point de vue civil, une telle propriété ne se peut concevoir : « Ce droit, dit excellemment « Pothier, renferme celui de suivre la chose en quelques mains « qu'elle passe, et de la réclamer entre les mains de quiconque « s'en trouve en possession. On ne peut concevoir ce droit, « sans un corps certain et déterminé qui en soit le sujet, qui « puisse passer en différentes mains, et qu'on puisse suivre sur « ceux qui s'en trouveraient en possession [3]. »

Si l'on s'écarte de ces notions saines, on arrive à constituer arbitrairement un droit de préférence, au profit d'une personne, en d'autres termes, on crée un privilége, en dehors des règles impératives de la loi, et l'on viole ainsi le droit des tiers.

Mais, au point de vue économique, la qualité de propriétaire peut être attribuée à celui qui a le droit de consommer une valeur, sans avoir de compte à rendre à qui que ce soit. A ce point de vue, une somme d'argent prêtée appartient pour la propriété au bailleur de fonds, pour l'usage seulement à l'emprunteur; l'intérêt de l'argent est considéré comme le prix d'un louage. De même, une somme est susceptible, *à ce point de vue*, d'un

[1] Cassat., 6 décembre 1858 (Répert.-Garnier, n° 1126). V. encore Civ.-rej., 22 août 1859 (*ibid.*, 1224).

[2] *Traité du prêt de consomption*, part. I, chap. 1, § 3. « Cet auteur, très- « érudit et grand législateur, mais nullement jurisconsulte....., » dit à ce propos Pothier, parlant de Saumaise (*loc. cit.*, n° 8).

[3] Pothier, *ibid.* — Joignez le réquisitoire de M. le procureur général Dupin, sur la question des *Reprises de la femme*, dans l'affaire tranchée par l'arrêt des chambres réunies du 16 janvier 1858.

Digitized by Google

véritable usufruit ; celui qui a la jouissance viagère de la somme ne peut se dire propriétaire de cette valeur ; le propriétaire est celui auquel la somme reviendra un jour avec le droit d'en disposer souverainement.

Si l'on veut constituer rationnellement le Droit fiscal, il faut suivre de moins près les théories du Droit civil, et s'inspirer plus largement des notions économiques. De quoi s'agit-il, en effet, le plus souvent, dans l'application du Droit civil ? De régler les rapports de tous les ayants droit dans la distribution des biens d'un insolvable. Pour le Droit fiscal, le but doit être de proportionner l'impôt à la distribution de la richesse. La *propriété abstraite* de la somme, soumise à l'usufruit, ne saurait constituer un droit de préférence au profit du soi-disant propriétaire, à l'encontre des créanciers du quasi-usufruitier. Mais rationnellement, cette même *propriété abstraite* doit suffire pour que l'on considère la valeur de la somme comme n'étant pas dans les biens de l'usufruitier, et que, par suite, l'héritier de celui-ci en fasse *la distraction* pour la liquidation des droits de mutation par décès.

Maintenant peut-on, dans l'état actuel de la loi positive, motiver juridiquement ce résultat ? L'arrêt précité du 6 décembre 1858 s'énonce en ces termes : « Qu'étant arrivé le décès de la « veuve de Saint-Chamans (*usufruitière de la somme*), la déli- « vrance à Gaëtan (*nu-propriétaire*), de la somme de 300,000 fr., « qui lui appartenait, n'est autre chose que la réalisation du « droit antérieurement acquis à ce dernier, et ne saurait consti- « tuer une charge de succession dans le sens de la loi fiscale. » Voici comment on peut, à mon avis, développer ce motif : D'après la loi civile, l'usufruit peut être établi *sur toute espèce de biens*[1], et notamment sur une somme d'argent[2]. D'après la loi fiscale, l'extinction de l'usufruit n'entraîne la perception d'aucun droit proportionnel, car le propriétaire reprend sa chose *jure suo*, et non par l'effet d'aucune transmission. Ce qui est incontestable pour le cas de l'usufruit proprement dit doit être étendu, à cause de la fiction de la loi, au cas d'un usufruit de somme ; *idem agit fictio in casu ficto quam veritas in casu vero*. Cette

[1] Code Napoléon, art. 581, qui traduit la loi romaine : « Senatus censuit ut *omnium rerum*..... usufructus legari possit. » (L. 1, D., *De usufr. ear. rer.*, VII, 5.)

[2] Code Napoléon, art. 587.

Digitized by Google

argumentation peut paraître subtile, mais dans le cas proposé, elle ne dépasse pas les bornes de l'interprétation raisonnable dont la loi fiscale est susceptible, comme toutes les autres parties de la législation.

III. S'il en est ainsi, la Cour est-elle bien conséquente, lorsque, sauf le cas de communauté (ce qui suppose la communauté acceptée par la femme ou ses héritiers), elle refuse sur les biens du mari la distraction de la dot et des autres reprises de la femme. La propriété abstraite que la femme a de sa dot ne suffit pas, sans doute, pour lui attribuer préférence sur les créanciers du mari; c'est un point réglé et bien réglé à l'avenir [1]. Mais cette question de préférence vis-à-vis des tiers, et celle de la distraction des valeurs, vis-à-vis de l'impôt, sont-elles dans une dépendance nécessaire, comme on l'a pensé généralement, comme je l'ai cru moi-même [2]? On peut en douter. Le mari, sur les biens personnels de la femme, a un droit analogue à l'usufruit, et ce qui a été décidé, au point de vue de l'impôt, pour l'usufruit de sommes, devrait, à ce qu'il semble, être étendu au cas dont il s'agit.

IV. Un exemple fort notable de *propriété abstraite* se rencontre encore dans la matière des donations de sommes payables à terme. Le droit du donateur, en ce cas, consiste-t-il en une pure créance contre le donateur? On en peut douter à beaucoup d'égards [1]. Mais pour ne pas sortir du terrain du Droit fiscal, bornons-nous à rappeler que pour motiver la perception d'un droit proportionnel sur l'acte de donation, la Cour de cassation s'est fondée d'abord sur ce que la donation attribue au donataire la propriété de la somme; que longtemps la Cour a conclu de là que la somme donnée, n'étant plus dans les biens du donateur, devait être déduite de son patrimoine à son décès. Aujourd'hui, sur ce dernier point, la jurisprudence a changé : la somme frappée de l'impôt dans le patrimoine du donataire, est atteinte une seconde fois dans le patrimoine du donateur à

[1] V. l'arrêt des chambres réunies du 16 janvier 1858 (*Revue critique*, 2, 12, p. 1.)

[2] V. *Revue critique*, t. XIV, p, 292, et les arrêts cités en ce passage, 3 et 24 août 1858.

[1] V. notamment l'arrêt du 7 mars 1860 et la dissertation de M. Nicias Gaillard (*Revue critique*, t. XVI, p. 193).

Digitized by Google

son décès[1]. L'interprétation libérale, admise par la Cour pour le cas d'usufruit de somme, ne peut-elle pas encore ici être invoquée avec raison pour faire revenir à ses premiers errements la jurisprudence des arrêts?

5. Si la jurisprudence s'est montrée libérale, hardie peut-être en quelques points, dans la limitation du principe de la *non-distraction des charges*, elle ne mérite pas le même éloge ou le même reproche, relativement à la disposition de l'article 60 de la loi de frimaire, sur la *non-restitution* des droits perçus.

Un avis du conseil d'État du 22 octobre 1808 avait cependant tracé la voie d'une interprétation fort large, en posant en thèse générale : « Que l'article 60 de la loi du 22 frimaire an VII « porte, à la vérité, que tout droit d'enregistrement, régulière- « ment perçu, ne peut être restitué, *quels que soient les événe- « ments ultérieurs;* mais que, par ces derniers mots, l'intention « de la loi n'a pu être que d'empêcher l'annulation des actes « par des collusions frauduleuses. »

En s'inspirant du même esprit, la jurisprudence des tribunaux pouvait arriver à circonscrire dans ses plus étroites limites la définition des *événements ultérieurs* qui, d'après la la loi, ne peuvent amener la restitution d'un droit *régulièrement perçu*. Cette locution comprend certainement l'événement de la condition résolutoire insérée dans un contrat : le droit a été régulièrement perçu sur le contrat, qui est *pur*, et lorsque survient l'événement ultérieur de la résolution stipulée conditionnellement, la disposition expresse de la loi ne permet pas d'opposer à l'administration de l'enregistrement l'effet rétroactif de la condition. Mais doit-on raisonner de même quand la perception a été opérée par l'effet de l'erreur, erreur des parties dans une déclaration de succession, par exemple, ou erreur du juge dans une sentence, infirmée postérieurement?

Ainsi, un héritier apparent paye les droits suivant sa parenté, à 8 pour 100; il est évincé plus tard par l'héritier en ligne directe, qui n'eût payé que 1 pour 100; le Trésor conservera-t-il l'excédant du droit perçu sur le droit véritablement dû, soit un droit de 7 pour 100, payé sans cause? Si l'on apprécie la ré-

[1] V. l'Examen doctrinal précité, du mois d'avril 1859 (*Revue*, t. XIV, p. 300).

Digitized by Google

gularité de la perception, au point de vue *subjectif* du préposé qui a reçu dans son temps la déclaration de l'héritier apparent, il faut dire que le droit a été régulièrement perçu, dès l'origine; que l'éviction de l'héritier apparent est un événement ultérieur, n'autorisant pas la restitution; et telle est la solution des arrêts[1]. Mais si l'on considère la réalité *objective*, il est vrai de dire que la perception a été irrégulière, puisqu'elle a été basée sur l'erreur commune, peut-être sur l'erreur invincible des parties; et que la survenance de l'héritier n'est pas un *événement ultérieur*, puisque ce n'est pas par une fiction de rétroactivité, c'est bien réellement qu'il se trouve avoir été dès l'origine propriétaire des biens de la succession.

Une situation, encore plus digne de faveur, est celle du plaideur qui a payé les droits de condamnation et autres, sur un jugement postérieurement infirmé ou annulé. La décision du juge d'appel ou de cassation est déclarative de la vérité légale, et il est bien dur de faire peser, en définitive, sur les parties, l'erreur du premier juge, désormais révélée. Ici, outre les considérations que nous venons de faire valoir, dans l'exemple précédent, les tribunaux pouvaient invoquer l'autorité quasi-législative de l'avis précité du conseil d'État. Cependant il a prévalu que l'application de cet avis devait être renfermée dans le cas précis de son dispositif, à savoir le cas d'un jugement d'adjudication annulé *par voie d'appel*[2]. Dans tous les autres cas, la jurisprudence maintient strictement et dans toute sa rigueur le principe de la non-restitution des droits perçus[3].

6. La même considération, tirée de la fixité des recettes, a inspiré les auteurs de deux lois récentes et contemporaines, la loi du 3 mai 1841, sur l'*expropriation pour cause d'utilité publique*, et celle du 25 juin de la même année, sur la *transmission des offices*. En cas d'expropriation, dit la loi (art. 58), « les droits « perçus sur les acquisitions amiables faites antérieurement aux « arrêtés du préfet seront restituées lorsque, *dans le délai de* « *deux ans, à partir de la perception*, il sera justifié que les « immeubles acquis sont compris dans ces arrêtés. » Pour les

[1] Cassat., 7 avril 1840 et 6 août 1849 (Dalloz, *Jurispr. gén.*, 2e édit., v° *Enregistrement*, n° 5410).

[2] V. Cassat., 24 novembre 1858 (Rép.-Garnier, 1118).

[3] V. Civ.-rej., 2 août 1859 (*ibid.*, 1199).

Digitized by Google

« transmissions d'office, « les droits perçus, dit la loi (art. 14), « seront sujets à la restitution, toutes les fois que la transmis- « sion n'aura été suivie d'aucun effet. — S'il y a lieu à réduc- « tion du prix, tout ce qui aura été perçu sur l'excédant sera « également restitué. — La demande en restitution devra être « faite conformément à l'article 61 de la loi du 22 frimaire an VII, « dans le délai de deux ans, *à partir du jour de l'enregistrement « du traité ou de la déclaration.* » Ainsi le législateur prend ici le contre-pied de l'adage de bon sens et d'équité : *contra non valentem agere non currit prescriptio.* Cette disposition est si choquante que, malgré les termes formels des textes cités, des procès ont été portés jusqu'en cassation sur leur interprétation. Enchaînée par des textes précis, la Cour a maintenu et dû maintenir la rigoureuse application de la loi [1].

7. En produisant les considérations qui précèdent, j'ai tenu compte de la maturité d'esprit et de l'expérience des lecteurs de cette *Revue.* Trop longtemps les jurisconsultes, nourris des nobles principes de nos lois civiles, ont abordé avec un esprit de dénigrement systématique, les dispositions des lois fiscales. Je crois avoir donné quelques gages de modération et d'impartialité dans les discussions relatives à ces lois. Plus libre ici que dans un ouvrage d'enseignement, je me permets de signaler avec toute liberté, avec témérité peut-être, les vices de la loi et les contrariétés de la jurisprudence. Aux esprits sceptiques qui s'étonneraient d'entendre invoquer, pour l'interprétation des lois fiscales, les principes supérieurs de la justice absolue, j'opposerai les belles paroles qui suivent, et qui, dans la bouche du premier président de la Cour des comptes, ont une autorité particulière :

« S'il fallait en croire certains esprits, dit M. Barthe [2], l'étude des finances serait l'étude des expédients que la raison d'État met au service de la puissance publique pour augmenter les ressources du Trésor. Les finances auraient pour règle les nécessités produites par les circonstances; les considérations de

[1] Req., 7 décembre 1858 (*J. Pal.*, 1859, p. 24), et cassat., 22 mars 1859 (*ibid.*, 1860, p. 56).

[2] Rapport présenté à l'Académie des sciences morales et politiques, au nom de la section de politique, administration et finances, *sur le concours relatif à l'impôt.* — Collection Vergé, février 1860, page 245.

Digitized by Google

justice et d'équité n'en seraient pas exclues, mais leur influence ne serait que secondaire. Ainsi, le système financier des États n'offrant qu'un assemblage fortuit de combinaisons variables, qu'aucun principe supérieur ne lie et ne rattache ensemble, les études auquelles ce système peut donner lieu ne saurait constituer une science..... Une étude qui reconnaît et démontre des principes certains, qui, dans l'application de ces principes, au milieu même des diversités amenées par la différence des lieux, des mœurs et des climats, fait ressortir des méthodes communes, inspirées, comme ces principes eux-mêmes, par une pensée fondamentale qui embrasse à la fois l'impôt et sa distribution, forme un ensemble qu'on a le droit d'appeler une SCIENCE : science féconde, en effet, et humaine par excellence qui, tout en constituant la force des États, se propose le soulagement progressif des peuples, et démontre aux gouvernements cette double vérité : que le service de l'État étant le but et la légitimité de l'impôt, toute déviation de cette destination est un désordre et un danger; et que la loi qui règle les contributions publiques avec le plus de justice et d'équité est tout à la fois la moins onéreuse et la plus utile. »

Je n'ajouterai rien à ces graves pensées, sinon qu'il dépend des jurisconsultes d'éclairer l'opinion et de faire que les règles sur la perception des droits d'enregistrement arrivent aussi, de l'aveu de tous, à former un ensemble digne d'être appelé du beau nom de SCIENCE. G. DEMANTE.

ÉTUDE SUR LES PRIVILÉGES ET HYPOTHÈQUES.

Par M. SÉVIN, conseiller à la Cour de cassation.

PREMIER ARTICLE.

Je voudrais résumer ce qui a été fait depuis quelques années, et ce qui reste encore à faire sur la matière si importante des priviléges et hypothèques.

Il n'y a pas de titre dans le Code Napoléon qui ait soulevé autant de réclamations et de controverses; et on le conçoit. Sorti d'une lutte des plus vives entre deux systèmes opposés,

Digitized by Google

celui de l'édit de 1771 et celui de la loi de brumaire an VII, le titre 18 du livre III du Code était le produit d'une transaction entre ces deux systèmes, et ne contentait complétement aucun des deux partis. Mais bientôt le progrès du temps, les modifications éprouvées par la richesse et la propriété, vinrent changer l'état de choses en vue duquel avait été édictée la loi de 1804; le législateur fut mis en demeure d'aviser. Casimir Périer voyant en homme d'État les imperfections de nôtre régime de crédit mobilier et immoblier, et jugeant la loi d'un point d'autant plus élevé qu'il n'était pas homme du métier, ouvrit un concours sur les améliorations qu'il croyait urgentes, proposa un prix qu'il n'eut pas le temps de décerner. Le gouvernement de 1830 ordonna une enquête solennelle, consulta les grands corps judiciaires et les Facultés de droit, et publia les documents précieux qu'il recueillit. Après la révolution de 1848, des propositions individuelles donnèrent l'éveil; un projet de réforme générale fut soumis aux délibérations de l'Assemblée législative; mais ce projet n'aboutit pas. Le gouvernement actuel s'y prit autrement. Jugeant de la difficulté, que le passé lui révélait, d'opérer une révision complète, il divisa le travail, et fit voter successivement les réformes partielles qu'il crut les plus urgentes. C'est ainsi que prirent naissance les excellentes lois sur la transcription (23 mars 1855), sur la saisie immobilière et sur les ordres (21 mai 1858), dans lesquelles on a inséré, peut-être hors de leur place, des dispositions essentielles sur les hypothèques légales, sur les droits du vendeur d'immeubles non payé. Si l'on ajoute à ces lois celles sur le drainage (17 juillet 1856), sur les magasins généraux de marchandises (28 mai 1858), l'institution des sociétés de crédit foncier (28 février 1852 et autres), établissant soit de nouveaux priviléges, soit des formes plus rapides et des garanties plus solides, on verra que le terrain est aujourd'hui bien déblayé, que l'on peut se demander si tout est fait, et se rendre compte de ce qui reste à faire.

C'est surtout du législateur que l'on devrait dire :

Nil actum reputans si quid superesset agendum.

Car, sans renouveler la vieille querelle entre l'école historique et l'école dogmatique, qui toutes deux ont leur part de vérité, on peut affirmer que les lois doivent êtres progressives, doivent

Digitized by Google

suivre le mouvement social, et concorder avec les faits matériels, intellectuels et moraux de chaque époque. Sans doute, le *droit* en soi a un fondement absolu, invariable, naturel, divin; l'homme le reçoit, le sent, ne le crée pas. Le droit est antérieur à la loi, antérieur aux conventions humaines; elles doivent se conformer à ces règles éternelles de justice, à ces *rapports nécessaires* des êtres, comme l'a si bien dit Montesquieu. Mais à côté de ces règles éternelles il y en a de variables; à côté de l'absolu il y a le contingent; au-dessous de l'immuable est le mouvement, le progrès, l'histoire, dans l'espace et dans le temps. Ces éléments mobiles, expression et produit de la liberté humaine, ont constitué en différents siècles, en différents pays, des institutions, des mœurs, des lois d'une variété infinie. Cette variété, toutefois, n'est ni confuse ni abandonnée au hasard. Les lois les plus dissemblables, les plus arbitraires en apparence, ont leurs relations, leurs dépendances forcées, puisent leur raison d'être dans des causes préexistantes, dans des faits générateurs que la science sait découvrir et enchaîner. Aussi l'immortel auteur de l'*Esprit des lois* s'est-il étudié à les comparer (et c'est là tout son ouvrage) avec les différentes espèces de gouvernement [1]; — avec la nature du climat [2], — avec la nature du terrain [3], — avec l'esprit général, les mœurs et les manières d'une nation [4], — avec le commerce [5], — avec l'usage de la monnaie [6], — avec le nombre des habitants [7], — avec la religion [8], — avec l'ordre de choses sur lequel elles statuent [9]. — Ainsi le présent et l'avenir peuvent se déduire du passé; ainsi l'histoire devient un enseignement et cesse d'être un objet de vaine curiosité; ainsi le législateur, dans l'étude

[1] Livres Ier à XIII.
[2] Livres XIV à XVII.
[3] Livre XVIII.
[4] Livre XIX.
[5] Livres XX et XXI.
[6] Livre XXII.
[7] Livre XXIII.
[8] Livres XXIV et XXV.
[9] Livre XXV. — Le surplus de l'ouvrage est un fragment d'histoire des lois (liv. XXVII). — *Des lois des Romains sur les successions* (liv. XXVIII). — *Des lois civiles chez les Français* (liv. XXX et XXXI). — *Théorie des lois féodales*, — plus un livre (XXIX) sur la manière de composer les lois.

Digitized by Google

des lois qui ont régné sur son pays, reconnaît le lien qui a existé entre ces lois et les mœurs, les usages, les institutions, en un mot les faits de chaque époque, de chaque localité; il peut en induire, ou la conservation, ou la modification de telle loi, selon que les conditions, le milieu, les faits, sont restés les mêmes ou ont changé.

C'est en ce sens que M. Laferrière a donné la définition du droit : — *Le* DROIT, dit-il, *considéré dans son développement historique et scientifique, est l'association laborieuse et progressive de la liberté humaine et de la vie sociale avec la justice et la raison.*

Si ces principes sont vrais, la tâche du législateur est facile à définir. Subordonnant toujours son œuvre aux règles immuables de la justice et du droit, il doit comparer sans cesse les lois humaines avec les mœurs, avec les usages, avec les nécessités de la vie sociale, maintenir celles qui sont en harmonie avec les faits généraux et légitimes, rétablir cette harmonie quand elle n'existe plus, changer quand tout change autour de lui, écouter les voix qui signalent ou un désaccord ou un besoin nouveau. Ainsi se réalisera simultanément le progrès dans les mœurs et dans les lois; progrès et simultanéité nécessaires pour qu'on ne puisse dire, ni de la société ni de la loi, que l'un soit arriéré au regard de l'autre.

La loi sur les priviléges et hypothèques, promulguée en 1804, avait pour objet l'établissement et la garantie d'un système de crédit mobilier et immobilier. Instruments de travail entre les mains de l'homme, les choses qu'il s'est appropriées, les biens qu'il a créés ou utilisés, augmenteront de valeur s'il peut en faire, en outre, des instruments de crédit.

Le but, imparfaitement atteint par la loi transactionnelle de 1804, ne s'est-il pas progressivement éloigné par la transformation que subit de jour en jour, depuis cette époque, la propriété mobilière et immobilière? C'est ce que personne ne saurait contester.

Ne remontons pas jusqu'à la société romaine, où nous trouverions peut-être une richesse mobilière comparable à celle des temps modernes : les trésors de l'Orient, concentrés dans les mains des vainqueurs du monde; les produits des arts et du luxe; les esclaves, propriété mobilière aussi, immobilière quelquefois; les sociétés de commerce, créées pour le service

Digitized by Google

des plus vastes entreprises; tout cela constituait un état de choses qui dura peu, mais qui a eu son temps. Détruites par les Barbares, qui ne les méprisaient pas toutefois, les richesses mobilières disparurent ou s'amoindrirent : la terre obtint, sous le régime féodal, une prééminence incontestable; le meuble fut primé par l'immeuble; on formula alors ce brocard de droit: *mobilium vilis possessio;* principe qui prévalut longtemps et persista dans l'opinion des légistes, malgré les progrès lents, mais réels, de la richesse mobilière, instrument d'émancipation des classes moyennes qui conquéraient cette richesse par leur travail ou par les dissipations des classes supérieures. Mais la terre seule donnait la noblesse, la terre seule faisait les seigneurs : le commerce et l'industrie ne faisaient que des riches; on continua à dire : *mobilium vilis possessio.*

On fit les lois en conséquence. Les immeubles seuls, par leur stabilité, paraissaient de nature à assurer la conservation des fortunes dans les familles; et quand on voulait donner à quelques valeurs mobilières cette fixité, cette sécurité, on les immobilisait fictivement : ainsi des offices, des rentes, des clauses de réalisation dans les contrats de mariage.....

Ces tendances ont changé. Non-seulement les choses que la fiction faisait immeubles, les offices, les rentes ont repris leur qualité naturelle de meubles, mais de nouvelles valeurs mobilières ont été créées par quantités incommensurables; tous les jours on en voit s'accroître la masse; tous les jours ces valeurs entrent pour de plus fortes parts dans le patrimoine des familles; la proportion entre la richesse mobilière et la richesse immobilière est changée. Ce n'est plus aujourd'hui qu'on pourrait dire : *mobilium vilis possessio.*

La législation a-t-elle suivi ces progrès, ces changements essentiels dans les bases de la propriété? Je ne le pense pas. Le Code Napoléon ne les a pas prévus. Après quelques années il s'est trouvé dépassé, il s'est trouvé en désaccord avec l'état de choses nouveau pour lequel il n'avait pas été fait; et le désaccord s'est manifesté, comme toujours, par des embarras et des difficultés dans la jurisprudence; car c'est ainsi que les choses se passent d'ordinaire. Qu'une loi se révèle insuffisante et arriérée, les intérêts qu'elle froisse s'efforceront de la tourner, de la modifier sous couleur d'interprétation; on attaquera la lettre avec l'esprit; on accusera d'obscurité les textes qui ne

Digitized by Google

répondent plus aux besoins du temps. C'est ce qui est arrivé dans cette matière.

Croit-on que, sans cela, il se fût élevé de si graves débats sur l'aliénabilité de la dot mobilière? Si, malgré les termes restreints de l'article 1554 (*les immeubles constitués en dot ne peuvent être aliénés.....*), malgré l'opinion de M. Troplong et de tant d'autres auteurs, la jurisprudence s'est évertuée à chercher des garanties pour la femme contre la faculté d'aliénation par le mari ou par elle-même; si, n'osant proclamer l'inaliénabilité absolue de la dot mobilière, elle a créé des tempéraments, des prohibitions, des incapacités pour la femme, c'est qu'on s'est trouvé en présence de dots mobilières plus considérables que par le passé; que dès lors l'inaliénabilité des immeubles n'a plus paru suffisante pour garantir les intérêts de la femme.

Si la question des reprises de la femme mariée en communauté a soulevé de si considérables controverses, une lutte entre les Cours impériales et la Cour de cassation, une solennelle rétractation par les chambres réunies de cette Cour suprême de la jurisprudence de sa chambre civile, n'est-ce pas parce que les femmes mariées, réduites à leur hypothèque légale sur les immeubles de leur mari, réduites par conséquent à une contribution avec les autres créanciers sur les valeurs mobilières devenues si importantes dans les fortunes privées, ne se trouvaient plus suffisamment garanties? L'affaire soumise aux chambres réunies offre une preuve de la vérité de cette hypothèse. C'est sur le prix d'un office que la dame Moinet demandait à être colloquée par préférence; d'un office, c'est-à-dire d'une chose qui, sous l'ancien régime, aurait appelé une distribution par ordre d'hypothèques; la femme perdait donc, avec la loi nouvelle, une partie des droits qu'on avait voulu lui assurer par l'hypothèque légale, et cela au moment où les valeurs qui lui échappaient prenaient de jour en jour une plus grande importance. Est-il étonnant que la jurisprudence ait cherché à rétablir, par des efforts d'interprétation, la position si digne d'intérêt des femmes mariées? De là cette théorie du droit de propriété de la femme sur le gage de ses reprises, théorie justement condamnée comme contraire au véritable sens de la loi de 1804, mais qui avait pour base cette pensée, bonne et juste au fond, de restituer aux femmes mariées les

Digitized by Google

garanties dont le progrès des choses les avait en partie dépouillées.

N'est-ce pas encore dans la même pensée qu'on a vu surgir une autre controverse non moins grave, née d'une espèce de contrats de mariage, où, sous couleur de *reprise d'apport franc et quitte*, on voulait exonérer la femme renonçante de toutes ses obligations, même vis-à-vis des créanciers envers lesquels elle s'était engagée? N'est-ce pas par une concession, peut-être excessive, à la position dépendante et trop peu protégée de la femme mariée, que la jurisprudence actuelle a sanctionné ces étranges conventions, en y voyant je ne sais quel mélange de régime dotal et de régime en communauté, en exigeant, pour tout correctif, que la soumission partielle au régime dotal soit claire, précise, et ne puisse pas induire les tiers en erreur?

On pourrait multiplier les exemples.

Mais ces exemples sont un danger. Il ne faut pas que le juge, chargé d'appliquer la loi, s'accoutume à la corriger, même pour l'améliorer. Il ne faut pas que les incertitudes, les variations de la jurisprudence causent dommage aux parties, même dans un but de perfectionnement; car ces expériences ne se font pas *in animâ vili*. Il y a, sous les questions théoriques, des personnes, des familles qui souffrent dans leurs plus légitimes intérêts. Et quelle compensation offrir à celui qui est ruiné parce qu'il est jugé aujourd'hui, et qui ne l'aurait pas été s'il eût été jugé la veille ou le lendemain?

Quel est donc le devoir du législateur?

C'est d'étudier attentivement les changements, les progrès qui s'opèrent dans les choses, dans les faits; d'y conformer les lois, sans attendre qu'un désaccord se manifeste au détriment de l'intérêt des familles; c'est de trancher, au cours de ces révisions nécessaires, les controverses élevées sur le sens et l'interprétation de la loi, d'arrêter ou de prévenir de ruineuses contestations; d'agir, en outre, comme on l'a fait récemment lors des réformes partielles apportées à la matière des priviléges et hypothèques.

Déjà en 1841, lors de la révision de la procédure de saisie immobilière, le législateur avait saisi cette occasion pour rattacher au Code de procédure civile quelques réformes tendant à réaliser, autant que possible, ce *desideratum* d'un bon système hypothécaire, la publicité complète de toutes les charges exis-

Digitized by Google

tant sur un immeuble. Ce que la loi de 1841 prescrivait pour le vendeur non payé, l'injonction menaçante de faire connaître son droit de résolution avant l'adjudication, la loi du 21 mai 1858, une loi de procédure aussi, l'a fait pour les créanciers porteurs d'une hypothèque légale.

La même loi du 21 mai 1858, tout en mettant les créanciers à hypothèques légales en demeure de se faire connaître avant une époque déterminée, leur reconnaît néanmoins le droit de se présenter à l'ordre tant que le prix n'est pas distribué; tranchant ainsi, dans un sens opposé à la jurisprudence de la Cour de cassation, la controverse élevée sur les effets de la purge prévue par l'article 2195 du Code Napoléon.

Enfin, la loi du 23 mars 1855 venait donner satisfaction à l'une des parties les plus importantes de l'enquête de 1841-1844, sur le mode de constitution ou de consolidation de la propriété à l'égard des tiers. Cette loi sur la transcription des actes translatifs de la propriété contenait aussi, par occasion, des dispositions relatives au mode d'exercice du privilége du vendeur et de son action résolutoire, ainsi que sur la cession ou renonciation des femmes en matière d'hypothèque légale; enfin sur la limitation du temps accordé pour inscrire les hypothèques légales après la cessation de l'état qui y avait donné lieu.

On voit de quelle manière le législateur a procédé lors des réformes partielles qu'il a introduites dans la législation. Non-seulement il a amélioré les dispositions qui étaient l'objet de chaque loi nouvelle, mais il a autant que possible, et par droit de voisinage, atteint les dispositions qui se rattachaient à son sujet; mais il a, chemin faisant, tranché les controverses qu'il a rencontrées, au lieu de les abandonner aux hasards coûteux de la jurisprudence.

C'est cette marche qu'il faudrait continuer à suivre et qui permettrait de mener à fin une réforme complète et générale dont l'utilité est généralement reconnue; car tout n'est pas fait, sans doute; le dernier mot n'a pas été dit sur les thèses soulevées par l'enquête de 1841, sur les problèmes discutés en 1850; un nouvel examen est toujours de saison. C'est l'objet de ce travail, dans lequel je n'ai pas la prétention de donner toutes les solutions, mais seulement de les préparer en posant les questions qui restent encore à résoudre.

Digitized by Google

PREMIÈRE PARTIE.

DES PRIVILÉGES.

L'enquête de 1841-1844 n'avait posé, sur les priviléges, qu'une seule question, celle de leur classification, en d'autres termes, de la préférence à accorder à certains priviléges sur les autres, en cas de concours entre eux.

Cette question est, en effet, des plus graves, par les controverses animées qu'elle a fait naître. Elle a eu, de plus, ce singulier malheur que, dans les circonstances où l'on devait s'attendre à ce qu'elle reçût une solution, on paraît s'être accordé pour la mettre complétement de côté.

En 1841, les Cours royales et les Facultés de droit proposent les réponses les plus divergentes; la Cour de cassation déclare qu'il n'est point nécessaire de faire une classification légale des priviléges (*Doc. hyp.*, t. II, p. 1), et refuse ainsi l'appui de sa haute autorité à l'un des systèmes qui divisaient les esprits.

En 1848 et 1849, M. Pougeard (de la Charente) et M. Langlois (de l'Eure) déposent chacun une proposition sur la réforme hypothécaire. Tous deux avaient tranché nettement la question de préférence entre les priviléges généraux et les priviléges spéciaux. Une commission est formée au ministère de la justice, sous la présidence de M. le garde des sceaux, pour préparer un projet de loi sur la matière; M. Pougeard en fait partie; et le projet de loi qui sort de l'élaboration de la commission, présenté par M. Rouher le 4 avril 1850, est absolument muet sur la question. Pareil silence dans le rapport de la commission législative, présenté par M. de Vatimesnil; dans le rapport du Conseil d'État, rédigé par M. Bethmont. Enfin la discussion s'ouvre devant l'Assemblée législative; et, au cours de cette longue discussion, il ne se trouve personne pour dire un seul mot sur une proposition formellement faite à l'Assemblée par deux de ses membres, dont l'un (M. Pougeard) faisait encore partie de la commission législative, comme il avait figuré dans la commission administrative qui avait préparé la loi.

N'y a-t-il pas là une sorte de fatalité, à moins qu'on ne veuille y voir un parti pris d'abandonner à la variabilité de la pratique et de la jurisprudence la solution d'une question qui se présente tous les jours, et qui témoigne de sa difficulté et de son

Digitized by Google

importance par la diversité des opinions qui se sont manifestées à son sujet?

N'est-il pas temps de faire cesser ces controverses, de suivre, puisque nous ne les avons pas précédées, les législations de tant de pays étrangers qui nous donnent l'exemple de classifications soigneusement étudiées sur une matière qui intéresse à un si haut degré la saine intelligence de ce principe de droit, que les biens d'un débiteur sont le gage commun de ses créanciers, sauf les causes légitimes de préférence, à savoir, les priviléges et hypothèques.

On sait que sur la classification des priviléges trois systèmes ont été soutenus :

1° Préférence des priviléges généraux (art. 2101) sur les priviléges spéciaux (art. 2102);

2° Préférence des priviléges spéciaux sur les priviléges généraux ;

3° Pas de préférence exclusive et par classe; préférence de chaque privilége étudié séparément à raison de sa cause, de son importance, de son origine, sans considérer s'il est général ou spécial.

Mais ces trois systèmes se réduisent réellement à deux, car les partisans du troisième, qui croient que le silence du législateur leur laisse libre carrière, qui se reconnaissent le droit de libre examen, sont conduits par cet examen à préférer aux priviléges généraux presque tous les priviléges spéciaux.

Conçu au point de vue législatif, le présent travail sera basé aussi sur une étude indépendante des textes; car je recherche ici non pas tant ce que le législateur d'aujourd'hui a voulu, que ce que le législateur futur doit vouloir. Cette remarque me met à l'aise avec les autorités les plus éminentes, et me permet de me séparer même des jurisconsultes, dont le nom et la science s'imposeraient, en toute autre circonstance, à mon opinion, et enchaîneraient peut-être ma liberté.

Ceci dit, comptons et pesons les autorités.

Le premier système invoque l'opinion des auteurs suivants :

MM. Maleville, sur l'article 2102, p. 251;

Tarrible, au Répertoire de Merlin, v° *Privilége de créance;*

Grenier, *Traité des hypothèques*, t. II, p. 9;

Favard de Langlade, v° *Privilége*, sect. 3, § 1;

Digitized by Google

MM. Troplong, *Priviléges*, nos 73, 74;
Paul Pont, nos 178, 179.

On peut à ces noms joindre celui de M. Delvincourt, que nous n'avons vu citer nulle part.

Dans le camp opposé, on compte les jurisconsultes ci-après, qui donnent la préférence aux priviléges spéciaux, soit d'une manière absolue et par la force d'un principe, soit par suite du libre examen auquel ils se livrent :

MM. Persil, sur l'article 2101;
Delaporte, *Pandectes françaises*, t. XV, p. 101;
Dalloz, v° *Hypothèques*, p, 79, n° 10;
Valette, *Priviléges*, n° 119;
Demante, *Thémis*, t. VI, p. 255;
Duranton, t. XIX, n° 203;
Taulier, t. VII, p. 192;
Zachariæ, t. II, §, 289, notes 2 et 3;
Pigeau, *Procédure du Châtelet*, t. I, p. 681, et *Procédure civile*, t. II. p. 172;
Rolland de Villargues, v° *Priviléges*, nos 143 et suiv.;
Mourlon, *Examen crit.*, p. 617, et *Répétitions écrites*, t. III, p. 487.

Enfin, cette dernière opinion était aussi embrassée par les auteurs des deux propositions soumises, en 1849, à l'Assemblée législative. — M. Langlois (de l'Eure) terminait ainsi l'article 2102 :

« Les priviléges spéciaux sur certains meubles primeront « toujours les priviléges généraux, à l'exception des frais de « justice. »

Et M. Pougeard (de la Charente) disait, article 12 de son projet :

« En cas de concurrence des priviléges généraux et des pri- « viléges spéciaux, les derniers auront la préférence. »

On a argumenté dans le premier système, de la faveur que devaient obtenir les opinions d'auteurs plus anciens, plus rapprochés de la discussion de la loi, et dont plusieurs même avaient pris part à cette discussion, MM. Maleville, Tarrible et Grenier. Cette observation est loin de me convaincre.

Sans doute, si un ou plusieurs auteurs, contemporains d'une loi et y ayant coopéré, venaient nous apporter leur témoignage personnel sur ce qui s'est passé dans la discussion; si, par

Digitized by Google

exemple, M. Maleville, membre de la commission de rédaction du projet de loi soumis au Conseil d'État, avait consigné dans son ouvrage les souvenirs d'une discussion à la suite de laquelle le projet de la commission aurait été radicalement changé, ce témoignage, ces souvenirs, auraient la plus grande valeur. Mais il n'en est pas ainsi. Le projet présenté par MM. Tronchet, Portalis, Maleville et Bigot-Préameneu, donnait la préférence aux priviléges spéciaux. Aucune discussion n'a été conservée sur ce point; M. Maleville ne dit pas qu'il y en ait eu. Pour donner la préférence aux priviléges généraux, il n'invoque aucun souvenir, aucun fait personnel; il se borne à dire timidement : « que l'article 2101 ayant mis les priviléges dont il parle « en tête de tous les autres, et le § 1er étant intitulé *Des Privi-* « *léges généraux*, je crois qu'ils doivent passer avant tout, et « l'article 2105 me semble le préjuger. » — Voilà tout. Opinion individuelle non discutée, ne reposant sur rien de particulier à la position officielle de l'auteur.

Il en est de même de MM. Tarrible et Grenier; de M. Tarrible, dont les opinions sur la matière des priviléges et hypothèques ont été si souvent combattues et si rarement suivies; de M. Grenier, dont le rapport au tribunat est invoqué avec la même force par les deux partis; de M. Grenier, qui infirme lui-même son opinion en y admettant quelques exceptions; car si les priviléges généraux doivent, en raison de leur généralité, passer les premiers, ce sera sur tous les biens du débiteur, quels qu'ils soient; toute exception serait une contradiction.

Donc, pleine liberté de discuter les opinions d'auteurs, si recommandables qu'ils soient, si rapprochés qu'ils se trouvent de la promulgation de la loi. Les commentaires trop hâtifs sont peut-être même de nature à inspirer quelque défiance. Lorsque la loi n'a pas encore été exécutée, expérimentée, lorsqu'elle n'existe encore que dans les textes et dans les livres, ne risque-t-on pas de lui donner des interprétations hasardées, qui devront être contrôlées plus tard, lorsque l'épreuve décisive du temps aura fixé les idées sur la portée véritable de la parole du législateur?

Si je voulais faire une observation générale sur la couleur des opinions des jurisconsultes en cette matière, j'aimerais mieux faire remarquer ceci, que du côté des priviléges spéciaux se trouvent tous les hommes de pratique, tous ceux qui ont vu

Digitized by Google

de près, et par le détail, fonctionner beaucoup de priviléges, opérer beaucoup de distributions et de liquidations. C'est M. Persil, signalé par M. Troplong[1] comme *jurisconsulte savant et consommé dans la pratique des affaires;* c'est Pigeau, persistant, sous le Code Napoléon, dans l'enseignement qu'il avait donné sur la pratique du Châtelet; c'est Dalloz; c'est Rolland de Villargues, écrivant pour les notaires, traçant pour eux des règles pratiques pour la liquidation des successions et la distribution des deniers; c'est enfin, si nous entrons dans le domaine de la jurisprudence, la Cour de Paris, persistant par deux arrêts, à vingt ans de distance[2], dans la jurisprudence du Châtelet; la Cour de Paris, c'est-à-dire celle qui voit tant et de si importantes liquidations et contributions[3]; c'est la conférence des avocats de Paris, consultée en 1852, sur cette question, et la décidant, sous la présidence de son bâtonnier, en faveur des priviléges spéciaux, conformément à une pratique généralement suivie par les magistrats et les notaires.

La controverse s'est établie sur trois points; on a invoqué de part et d'autres trois motifs principaux de décider :

1° Les textes;

2° Des arguments d'analogie;

3° Les motifs de préférence, en droit et en équité.

Je n'ai pas besoin de dire que c'est ce dernier ordre de considérations qui doit être déterminant, puisqu'il s'agit ici d'une étude législative plutôt que jurisprudentielle.

I. Pour bien apprécier les textes du Code Napoléon, il faut se reporter à ce qui existait auparavant, et au moment même où la discussion s'est ouverte.

Sans remonter à la jurisprudence ancienne, où sans doute l'omnipotence des parlements et l'usage des arrêts non motivés permettrait de signaler quelques disparates, le législateur se trouvait, lors de la présentation et de la discussion du Code civil, en présence de la jurisprudence du Châtelet et de la doctrine de Pothier, son guide ordinaire.

Le *Stile du Châtelet* (p. 273) adopté comme règle officielle,

[1] Préface du *Commentaire des priviléges et hypothèques*, p. 83.

[2] 27 novembre 1814; S., 16, 2, 205; 25 février 1832; S., 32, 2, 99.

[3] En 1857, il a été ouvert trois cent quatre-vingt huit distributions par contribution dans le ressort de Paris, et seulement huit cent soixante-dix dans tout le reste de la France.

Digitized by Google

non-seulement à Paris, mais dans presque toute la France, réglait ainsi qu'il suit l'ordre des priviléges :

1. Frais de justice.
2. Le dépôt.
3. Prix de meubles vendus sans jour ni terme.
4. La dette du créancier saisi de gage.
5. Les frais funéraires.
6. Dépenses d'hôtellage.
7. Loyers de maison et moisson.
8. Prix de meubles vendus à jour et à terme.
9. Salaires de médecins et chirurgiens pour la dernière maladie.
10. Salaires et gages de domestiques pour un an.

Comme on le voit, sauf les frais de justice qui doivent nécessairement tout primer, et les frais funéraires qui étaient même primés par trois priviléges particuliers, ceux-ci avaient le pas sur les priviléges généraux.

Le *Stile du Châtelet* n'admettait même pas dans sa nomenclature les fournitures de subsistances faites au débiteur et à sa famille, parce que la coutume de Paris n'en parlait pas, et qu'ils n'avaient été admis que par la jurisprudence.

Et Pigeau, le commentateur si autorisé de la procédure du Châtelet, donnait la raison de droit de cette préférence des priviléges *réels* sur les priviléges *personnels*; c'est ainsi qu'il les nommait et les distinguait. Les premiers provenant de la *chose* même dont le prix est à distribuer, et devant passer avant ceux dont la faveur est tirée de la *personne* du débiteur, puisque, sans la plupart des créances donnant naissance à ces priviléges réels, les choses n'existeraient pas ou n'auraient pas la même valeur; aussi ajoutait-il aux priviléges réels reconnus par le Châtelet : — les créances de ceux qui ont conservé les choses saisies ; — l'ouvrier, sur la chose qu'il a faite, réparée, augmentée, embellie ou conservée. Dans la seconde classe, Pigeau ajoutait aux priviléges personnels énoncés dans le *Stile du Châtelet*, ceux créés par la jurisprudence, savoir : la capitation pour la dernière année; — et par concurrence avec les domestiques et les frais de maladie, les fournitures de subsistances pour un an, savoir : le boulanger, le boucher et le marchand de vin, élevant quelques doutes sur ce dernier, et signalant une diversité d'arrêts pour ou contre l'épicier, le marchand de bois,

Digitized by Google

le faïencier, le rôtisseur, et reléguant au dernier rang ceux des frais funéraires qui excèdent l'absolu nécessaire.

Telle était la jurisprudence du Châtelet.

Pothier l'adopte et la consacre dans deux endroits de ses œuvres : — *Traité de la procédure*, partie IV, chap. 2, art. 7, § 2; — *Coutume d'Orléans*, tit. 20, n° 116.

Que firent les rédacteurs du Code Napoléon? Ce qu'ils avaient fait tant de fois déjà : ils suivirent Pothier.

Pothier avait dit : « Après les priviléges particuliers viennent « les généraux, dans l'ordre que nous avons dit. » — Pothier n'admettait d'exception que pour les frais de saisie, de garde et de vente, et les frais funéraires *de premier ordre*. Que proposèrent les savants rédacteurs du projet de Code civil, MM. Portalis, Tronchet, Bigot-Préameneu et Maleville? C'est, mot à mot, ce qu'avait pratiqué le Châtelet, ce qu'avait enseigné Pothier :

« Art. 8[1]. Les créances privilégiées sont celles ci-après ex- « primées, lesquelles s'exercent dans l'ordre suivant :

« 1° Les frais de justice;

« 2° Les frais funéraires;

« 3° Les loyers et fermages des immeubles sur le prix de « tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme..... (suivent les « détails);

« 4° Le créancier sur le gage dont il est saisi;

« 5° Le prix d'effets mobiliers non payés.....;

« 6° Les fournitures d'un aubergiste sur les effets du voya- « geur.....;

« 7° Les frais de voiture, etc.....;

« 8° Les frais de la dernière maladie.....;

« 9° Les salaires des six derniers mois dus aux gens de « service;

« 10° Les fournitures de subsistances..... pendant les six « derniers mois;

« 11° Les créances résultant d'abus et prévarications, sur les cautionnements. »

On le voit : le projet contenait dans un seul article toute la

[1] Cet article n'est que la reproduction de l'article 1102 du projet présenté par Cambacérès au Conseil des Cinq Cents. Cambacérès ajoutait seulement, après tous les autres, les priviléges du trésor pour les contributions publiques, et des femmes pour leurs reprises.

Digitized by Google

série des priviléges, généraux et spéciaux, sans les diviser en deux classes distinctes. Leur nature était suffisamment indiquée par les objets auxquels ils s'appliquaient; les deux premiers, hors classe; les cinq suivants, spéciaux, réels, s'appliquant à une chose déterminée, passant, sur cette chose, avant les quatre derniers, personnels, généraux par là même, frappant toute la fortune du débiteur, puisqu'on ne pouvait les rattacher à un objet particulier.

Tel était le système, clair et précis, présenté par le gouvernement au Conseil d'État : préférence accordée aux priviléges spéciaux sur les priviléges généraux, conformément à la jurisprudence antérieure, à la pratique universelle. Comment donc ce système aurait-il été abandonné, remplacé par un système tout opposé, sans que jamais, dans aucune phase de la discussion, ce changement ait été demandé ni discuté, sans qu'aucun mot ait été dit par qui que ce soit dans un sens opposé à la proposition du gouvernement? Ce serait au moins fort étrange.

Voyons pourtant.

Le projet est soumis à tous les corps judiciaires de l'époque, pour avoir leurs observations. En est-il un seul qui demande un changement de système, qui réclame la préférence en faveur des priviléges généraux? Non, pas un seul. Le tribunal de cassation adopte le projet; parmi les tribunaux d'appel, ceux de Paris, de Toulouse, de Bruxelles, font quelques observations de détail qui ne touchent en rien au système du projet; tous les autres tribunaux l'admettent sans réflexions.

Comment donc aurait été introduit, dans la loi, un changement radical que personne n'a demandé?

Ce serait par cela seul que la rédaction définitive aurait coupé en deux l'article proposé et en aurait fait les articles 2101 et 2102. En divisant les priviléges en généraux et spéciaux, on on aurait *ipso facto*, sans le dire, sans attaquer, sans discuter le système qui donnait la préférence aux priviléges spéciaux, renversé ce système, et voté le système opposé que personne n'avait proposé ni même indiqué.

Il est facile de savoir si le législateur a entendu faire de si grands changements par une simple modification de rédaction, par un nouveau numérotage d'articles; car on sait par qui et comment fut proposée la nouvelle rédaction.

Le tribunal d'appel de Lyon, le seul à peu près qui eût fait

Digitized by Google

un travail raisonné et complet sur la matière, avait dit, dans sa neuvième observation sur les priviléges :

« On pense que les lois sur ce point seraient plus claires en « divisant la matière des priviléges en trois sections : l'une, des « priviléges sur une chose mobilière déterminée ; la seconde, « des priviléges sur les effets mobiliers en général ; la troisième, « des priviléges sur les immeubles, en y reportant au premier « rang ceux qui, suivant la section 3, s'étendent sur les meubles « et immeubles. »

Mais le tribunal d'appel de Lyon, en proposant, pour plus de clarté, cette rédaction nouvelle, plus méthodique, plus rationnelle, entendait-il changer le fond de la loi, proposer un nouveau système, s'écarter de la proposition du gouvernement? Nullement; car, dans le projet de loi rédigé par le tribunal, se trouvait un article ainsi conçu :

« Art. 8. Le créancier privilégié sur une chose déterminée « est payé, par préférence à tous les autres, sur son prix. L'ex- « cédant, s'il y en a, est joint au surplus des biens, pour être « distribué suivant l'ordre des priviléges généraux. »

Certes, l'on ne peut mieux s'adresser qu'à l'auteur d'un amendement pour en savoir le sens et la portée. Or le corps judiciaire, qui seul a demandé pour plus de clarté, pour plus de méthode, la division de l'article primitif en deux articles, explique parfaitement qu'il n'a point entendu par là apporter de modification à l'ordre et à la classification du projet de loi : il confirme, au contraire, ce projet par une disposition expresse. En adoptant l'amendement, le Conseil d'État n'a donc modifié que la forme et le style de la loi, n'a pas abandonné, n'a pas repoussé un système approuvé par tous, et contre lequel pas un mot n'avait été dit.

Il ne faut donc rien conclure en faveur des priviléges généraux, ni de la division pour ordre de l'article unique proposé par le gouvernement, ni de la priorité donnée dans la rédaction à cette classe de priviléges; ces expressions de l'article 2101 *s'exercent dans l'ordre suivant*, ne s'appliquant qu'aux priviléges de cet article entre eux, et non point aux priviléges de différents genres.

La conclusion contraire résulterait plutôt de l'historique des articles 2101 et 2102 que je viens de rappeler.

II. Mais pourrait-on puiser dans d'autres textes des raisons

Digitized by Google

d'analogie ou d'argumentation qui conduiraient à cette solution, si contraire à la pensée des rédacteurs du Code? On l'a prétendu.

On a argumenté d'abord d'une observation du tribunat, émise au cours de la discussion.

La section du tribunat proposait d'ajouter à l'article 9 (2102) ce qui suit :

« Les priviléges généraux n'ont la préférence sur des meubles « affectés à des priviléges particuliers que lorsque les autres « meubles sont insuffisants pour les acquitter. »

Cette proposition n'eut aucune suite, et la discussion au conseil d'État n'en fit pas mention; elle tomba d'elle-même.

Par quel motif? Il serait téméraire de le dire.

Ce qui paraît certain, c'est que les membres de la section du tribunat, peu jurisconsultes en général, peu praticiens surtout, avaient cru que les priviléges généraux devaient avoir la priorité; que dans les quelques jours qui leur étaient donnés pour examiner le titre entier *des priviléges et hypothèques*, ils n'avaient pas approfondi la question, qui ne pouvait être bien comprise que par la comparaison attentive de l'ancien droit (Coutume de Paris, Duplessis, Pothier, jurisprudence du Châtelet, etc.) avec les rédactions successives de Cambacérès, de la commission du gouvernement, du tribunal d'appel de Lyon; cette dernière rédaction adoptée en définitive. Séduit à la lecture isolée et rapide des articles 2101 et 2102, par une assimilation superficielle et trompeuse du privilége général avec l'hypothèque générale, croyant dès lors que le créancier de cette catégorie pourrait, à sa volonté, couvrir la masse entière des meubles, le tribunat proposait, dans cette hypothèse, une restriction tellement juste et équitable qu'il n'est pas douteux que le conseil d'État l'eût acceptée, s'il se fût placé dans la même hypothèse. Son silence prouve donc peut-être qu'il n'admettait pas le même point de vue que le tribunat, qu'il ne croyait pas à la préférence des priviléges généraux, qu'il ne devait donc pas réglementer cette préférence. Et ce que nous savons déjà de l'opinion et de la discussion du conseil d'État nous autorise à conclure que telle fut sa pensée, en gardant le silence sur l'observation dont il s'agit.

Rien donc à induire de cette phase de la discussion.

Mais, dit-on, il existe un texte plus formel, celui de l'ar-

Digitized by Google

ticle 2105. Sur les immeubles, les priviléges généraux de l'article 2101 passent avant les priviléges spéciaux de l'article 2103. Pourquoi n'en serait-il pas de même sur les meubles?

On a répondu à cet argument *à pari sensu*, qu'il faudrait plutôt voir dans l'article 2105 un argument *à contrario*; le législateur ayant formellement édicté, pour les immeubles, une disposition qu'il s'est bien gardé d'écrire pour les meubles, là où elle aurait heurté et contrarié tous les précédents, tous les usages qu'il a voulu, au contraire, maintenir.

Il y avait en effet des différences notables entre les deux espèces de biens, quant à cette question des priviléges.

Il faut savoir comment l'article 2105 s'est introduit dans le Code.

Il n'avait pas d'analogue dans le projet de la commission du gouvernement. La section III (Priviléges qui s'étendent sur les meubles et les immeubles) reproduisait la nomenclature de l'article 8, nos 1, 2, 8, 9, 10 (art. 2101), mais ne disait pas qu'ils primeraient ceux de la section II (Priviléges sur les immeubles).

La Cour de cassation donna son adhésion au projet, en ce qu'il dispensait de l'inscription les priviléges de l'article 2101; mais elle ne leur donna priorité que sur les créanciers hypothécaires, et les plaça après les priviléges sur les immeubles, et subsidiairement seulement, en cas d'insuffisance des meubles.

Le conseil d'État alla plus loin et, à tort ou à raison, donna par l'article 2105, la préférence aux priviléges de l'article 2101, sur les priviléges de l'article 2103. — Par quels motifs? On est forcé de les supposer : la discussion est muette sur ce point.

Sans doute, le principal motif fut celui donné par la Cour de cassation, la modicité des sommes qui ne viennent se présenter sur les immeubles qu'après épuisement du mobilier, et qui ne portent aucun désordre important, disait la Cour, dans les spéculations de sûreté calculées par les prêteurs.

Ajoutons à cette raison l'importance considérable des immeubles, par rapport à celle très-minime du reliquat de créances privilégiées que le mobilier n'aurait pas suffi à payer; et enfin, la nature différente des priviléges spéciaux sur les meubles et sur les immeubles.

Sur les immeubles, quels sont les privilégiés qui devront laisser passer avant eux les créanciers de l'article 2101?

Digitized by Google

Le vendeur non payé; — il peut échapper à tout préjudice par l'exercice de l'action résolutoire : même faculté aux bailleurs de fonds qui se seront substitués au vendeur.

Le cohéritier ou copartageant, pour soulte et retours. — Mais au moins pour les dettes du défunt, c'est une charge qui prime de droit les successeurs : quant aux dettes privilégiées du copartageant, son lot suffira toujours pour y satisfaire, ainsi qu'aux soultes et retours.

Les architectes, entrepreneurs, maçons, etc... — Mais ceux-ci n'ont d'hypothèque ou privilége que sur la plus value obtenue par leur travaux : il ne sera jamais nécessaire d'arriver jusqu'à cette plus-value pour finir de payer les créanciers de l'article 2101.

On a donc pu dire ou penser que les priviléges sur les immeubles étaient à peu près désintéressés dans la disposition de l'article 2105.

Peut-on en dire autant des priviléges spéciaux sur les meubles?

Si l'on suit la trompeuse analogie de l'article 2105, si l'on donne sur le mobilier la préférence aux priviléges généraux, les priviléges spéciaux seront le plus souvent anéantis.

Ce n'est plus seulement, en effet, d'un faible reliquat qu'il s'agit, de ce qui restera dû après épuisement de tous les biens mobiliers du débiteur; c'est de la masse entière des créances privilégiées, et cette masse est telle que, dans toute succession obérée, dans toute déconfiture ou faillite, seuls cas où la question de préférence puisse se présenter, la préférence accordée aux priviléges généraux sera l'absorption à leur profit de tout l'actif mobilier du débiteur.

Il faudrait donc prélever avant tout, sans parler des frais de justice :

Les frais funéraires; et ce n'est plus seulement du strict nécessaire qu'il s'agit, des 20 francs qu'un règlement du Châtelet accordait comme *maximum* : c'est des frais en rapport avec la position et la condition du défunt, et l'on sait quel est le tarif des *pompes funèbres* : c'est, suivant plusieurs auteurs, du deuil de la veuve et sans doute des enfants et des domestiques [1].

Les frais de dernière maladie ; et si la maladie a été longue, si elle a exigé des opérations difficiles, des traitements exceptionnels !

[1] M. Paul Pont, n° 73.

Digitized by Google

Les salaires des gens de service pour une année échue et l'année courante. Deux ans de gages à tous ceux qu'un débiteur obéré aura jugé à propos de tenir à son service, souvent pour dissimuler par un faux luxe l'état de ses affaires; ajoutez pour un commerçant les commis et ouvriers (art. 549 C. comm.).

Les fournitures de subsistances pendant six mois ou un an, selon la qualité des fournisseurs. Boulanger, boucher, épicier, crêmier, charcutier, marchand de vin, vont apporter leurs mémoires. Ajoutons, avec M. Paul Pont (nº 92), les fournitures pour l'éclairage, le chauffage, la cuisson des aliments, le blanchissage, et nous arriverons à un total tellement respectable, pour une famille un peu nombreuse, qu'il sera impossible de penser à d'autres créanciers. Dans une déconfiture, le débiteur aura, avant que le désastre n'éclate, fait usage de ses ressources disponibles; on ne trouvera guère chez lui de créances actives, de valeurs industrielles; les créanciers n'auront à se venger que sur les meubles meublants, c'est-à-dire sur une valeur qui devient de moins en moins considérable en raison de nos habitudes actuelles, et des nécessités que nous font les architectes. Distraction faite des choses insaisissables, prélèvement fait des priviléges généraux, il ne restera rien aux autres créanciers, même privilégiés. Est-ce là ce qu'a voulu le législateur?

III. Les partisans de l'affirmative font valoir les raisons d'humanité, de charité : les services rendus à la personne ne doivent-ils pas l'emporter sur ceux rendus seulement aux choses?

Ces considérations sont puissantes : elles sont décisives pour faire accorder un privilége, un privilége général, et ce sera là son avantage : il s'étendra à tous les biens mobiliers du débiteur, et subsidiairement à ses immeubles; car les services rendus à la personne ne frappant aucun objet en particulier, doivent frapper l'ensemble de la fortune du débiteur.

Mais si l'on met ces priviléges généraux, personnels, en face des priviléges spéciaux, réels, il ne faudra plus parler de la prééminence des *personnes* sur les *choses;* car c'est de *choses* qu'il s'agit, c'est de choses vendues qu'il y a à distribuer le prix, prix qui n'existera que déduction faite de ce qu'il en aura coûté, par exemple, pour créer ou augmenter la valeur de ces choses, prix qui ne sera dans les biens du débiteur qu'autant que la possession ou la propriété n'en aura pas été aliénée par un contrat particulier.

Digitized by Google

Or, c'est là précisément le caractère des priviléges spéciaux consacrés par le Code.

On a souvent cité le rapport du tribun Grenier sur les causes d'humanité qui justifient les priviléges généraux de l'article 2101; il aurait fallu citer aussi ce qu'il disait des priviléges spéciaux de l'article 2102.

« Leur nomenclature sera justifiée quand on aura rappelé les « deux principes dont les dispositions du projet ne sont que les « conséquences immédiates. — Le premier est que lorsque la « créance forme le prix de la vente faite au débiteur d'un objet « qui existe en nature, ou que la chose ne doit son existence « ou sa conservation qu'aux avances faites par le créancier, la « créance sur cet objet est naturellement privilégiée; elle donne « au créancier un droit de suite sur la chose, puisque, *sans « l'existence de la créance, elle n'aurait pu devenir le gage de « personne*, ou elle n'aurait offert qu'un gage de bien moindre « valeur. — Le second est que, toutes les fois que par la nature « des choses un objet a dû nécessairement être regardé comme « le gage d'une créance dont le créancier a dû même être con- « sidéré comme nanti, à l'exemple du gage réel, alors *il serait « révoltant qu'il fût dépouillé, sans être payé, de la chose qu'on « doit envisager comme sienne jusqu'à concurrence de la dette.* « De la présomption de l'intention respective des parties il naît « un gage par le seul ministère de la loi, et ce gage légal « doit avoir les mêmes effets que le gage conventionnel. — Il « n'y a pas un des priviléges établi par le projet de loi qui ne « dérive de l'un ou l'autre de ces deux principes. »

Il n'y a rien à répondre à ces motifs, qui sont bien les motifs de la loi.

N'est-il pas évident en effet, pour la première classe des priviléges spéciaux, que, avant d'être affectée de priviléges, il faut que la chose existe, et que toutes les créances ayant cette origine sont plutôt une défalcation sur le prix qu'un privilége proprement dit? Eh quoi! les ouvriers qui ont vendangé un vignoble à Bordeaux, pressuré le raisin, fabriqué le vin, réparé les tonneaux, ne devraient pas être payés sur le prix du vin qu'ils ont créé et conservé, avant les domestiques et les fournisseurs du propriétaire dépensant à Paris un revenu à la production duquel il est resté étranger!

Quant aux priviléges résultant du contrat de gage ou autres

Digitized by Google

contrats analogues, ils ne sont pas moins favorables, et ils le deviennent chaque jour de plus en plus. Dans l'état actuel du crédit, et avec la facilité offerte aux débiteurs d'avoir leur fortune en portefeuille et de ne payer leurs dettes que quand ils le veulent bien, il a fallu, pour le bien des affaires, recourir aux garanties matérielles, aux nantissements de ces nombreuses valeurs au porteur dont la circulation est si commode et si périlleuse. De là l'extension du contrat de gage et la nécessité de donner toute certitude au privilége qui en résulte. Qu'est-ce, en effet, que les avances sur fonds publics, sur actions et obligations que font les banquiers et la banque de France? Qu'est-ce que le privilége accordé, par l'article 8 de la loi du 28 mai 1858, au porteur de *warrant* sur les marchandises déposées dans les magasins généraux, sinon de nouvelles applications du contrat de gage, de ce contrat en vertu duquel, comme le disait si bien M. Grenier, le créancier doit envisager la chose comme sienne jusqu'à concurrence de la dette?

N'est-ce pas par application du même principe que le décret-loi du 28 février 1852 accorde aux sociétés de crédit foncier le droit de se mettre en possession des biens hypothéqués, et de se payer par priviléges sur le montant des revenus et récoltes; privilége, dit le décret, qui prend rang immédiatement après ceux qui sont attachés aux frais faits pour la conservation de la chose, aux frais de labour et de semence, et aux droits du trésor pour le recouvrement de l'impôt? (Art. 29 et 30 du décret.) La loi n'a pas dit : *après les priviléges généraux.*

Il y a plus : l'un des priviléges spéciaux qui a été le plus souvent en lutte avec les autres, celui du propriétaire locateur, présente ce double caractère d'être à la fois fondé, et sur l'humanité, comme les priviléges généraux, et sur le contrat de gage, comme les priviléges spéciaux. Écoutons à ce sujet le seul mot qui ait été dit, dans la discussion du Conseil d'État, sur la comparaison des deux classes de priviléges : écoutons M. Bigot de Préameneu :

« Et d'abord, quant aux priviléges, ils sont fondés ou sur « l'humanité ou sur des motifs évidents d'équité. Ainsi, c'est « par humanité qu'on donne un privilége pour les frais de « subsistance, de dernière maladie et des funérailles. — C'est « à la fois sur l'humanité et sur l'équité qu'est établi le privilége « du propriétaire sur le mobilier du locataire et du fermier. »

Digitized by Google

Voilà donc, au moins, un privilége spécial qui n'a rien à redouter de la comparaison avec les priviléges généraux; il n'est pas moins nécessaire au débiteur d'être logé que d'être nourri. Et, *de plus*, le propriétaire locateur a pour lui le gage spécial que la loi et son contrat lui assurent, un gage qui, dans certains cas, peut être considéré comme un véritable droit de propriété ou de copropriété. Je veux parler du bail des biens ruraux.

Est-ce que, dans ces cas, le propriétaire n'est pas réellement associé à l'exploitation, associé aux produits? Est-ce que sa terre ne travaille pas pour lui? Dans la moitié de la France, cette association se traduit par un partage égal des récoltes. Le propriétaire doit-il être moins bien traité parce que, à ce mode primitif et patriarcal, il aura substitué un abonnement en argent ou en denrées?

Aussi voyez quelles sont les préférences du législateur en faveur de ce créancier hors ligne?

A lui seul (et après lui au vendeur sans terme de meubles non payés) la faveur exorbitante de la revendication; faveur à laquelle doit céder le droit de propriété lui-même; car la revendication du propriétaire va chercher et atteindre les objets vendus de bonne foi à des tiers. Ces objets, perdus sans retour pour les priviléges généraux, le propriétaire peut les reprendre comme ayant été soustraits de son gage; et l'on pourrait supposer qu'il n'agirait ici que dans l'intérêt de créanciers qui n'avaient plus sur ces objets, loyalement aliénés, ni privilége ni droit de suite! Est-ce possible?

A lui seul cet autre privilége, non moins singulier, de ne pas attendre le résultat de la distribution des deniers, de faire reconnaître avant tous, son privilége; de rester étranger, par conséquent, aux frais de distribution qui ne le concernent pas (art. 661, 662 C. proc. civ.). Aurait-on songé à le laisser ainsi faire sa part le premier s'il n'était pas réellement le premier de tous, s'il devait laisser passer avant lui toute la cohorte des priviléges généraux? Et peut-on douter de l'intention des rédacteurs du Code de procédure, copie presque littérale de la procédure du Châtelet, quand on connaît la jurisprudence du Châtelet et la doctrine de Pigeau, son plus célèbre interprète, de Pigeau, le rédacteur le plus influent de notre Code?

Que dire aussi de la loi du 1er germinal an XIII (art. 47), qui

Digitized by Google

réglementant le privilége du trésor sur les meubles des redevables en matière de contributions indirectes, place ce privilége avant tous les autres, *à l'exception de six mois de loyer dus au propriétaire?* Ne voit-on, pas là comme dans le Code de procédure, non pas la création sans doute, mais la reconnaissance, la confirmation de la priorité de rang accordé par la loi au premier des priviléges spéciaux? Voudrait-on, après l'avoir préféré même au trésor qui est préféré à tous les autres, le réduire à toucher le montant de son privilége pour en faire profiter les privilégiés généraux?

La législation postérieure au Code Napoléon vient donc confirmer notre interprétation, et la suppose exacte.

Je n'ai pas invoqué la jurisprudence. Elle est incertaine; l'unanimité qui s'était manifestée parmi les corps judiciaires, en faveur de la proposition du gouvernement lors de la discussion du Code civil, fut ébranlée par la divergence des opinions des auteurs. La Cour de Rouen a jugé successivement le pour et le contre [1]; les Cours de Limoges et de Poitiers ont donné la préférence aux priviléges généraux [2]; mais la Cour de Paris, par deux arrêts [3]; la Cour de Caen, par un arrêt fortement motivé [4], et la chambre des requêtes de la Cour de cassation, par un arrêt qui aurait pu l'être davantage [5], ont adopté l'opinion opposée. On a prétendu que la chambre civile avait manifesté une tendance contraire à la jurisprudence de la chambre des requêtes; mais je ne puis rien voir de semblable dans un arrêt (25 avril 1854, S., 54, 1, 369) où on lit simplement que les frais de justice doivent primer tous les priviléges, tant généraux que spéciaux. Personne ne conteste cette proposition.

Pareillement, l'enquête de 1841-1844 a amené la manifestation d'opinions contradictoires. En voici le tableau :

Plusieurs cours sont muettes sur la question, ou en renvoient la solution à la jurisprudence des tribunaux. (Agen, Amiens, Besançon, Nîmes, Rennes, Toulouse.)

Les Cours d'Aix, Angers, Bastia, Bordeaux, Colmar, Metz,

[1] 12 mai 1828; S., 29, 2, 15; 30 janvier 1851; S., 51, 2, 281.

[2] 15 juillet 1813; S., 14, 2, 262; 30 juillet 1830; S., 31, 2, 88.

[3] 27 novembre 1814; S., 16, 2, 205; 25 février 1832; S. 32, 2, 99.

[4] 8 mars 1838; S., 38, 2, 152.

[5] 20 mars 1849; S., 50, 1, 106.

Digitized by Google

Montpellier et Rouen se prononcent en faveur des priviléges généraux.

Les Cours d'Orléans, Paris, Pau, Poitiers, Riom; les Facultés de Caen, Dijon, Grenoble et Strasbourg, donnent la priorité aux priviléges spéciaux (sauf une seule exception admise par les Facultés de Caen et de Dijon).

Enfin, les Cours de Dijon, Douai, Grenoble, Lyon et la Faculté de Rennes font de l'éclectisme, donnent la préférence aux priviléges généraux, mais exceptent de cette préférence les priviléges spéciaux fondés sur le droit de rétention ou de conservation, ce qui en fait la majorité.

Telle était, lors de l'enquête, la diversité des opinions; la loi alors projetée devait la faire cesser. La même nécessité se présente aujourd'hui, et les auteurs des propositions de réforme faites en 1849 l'avaient bien senti. Ils proposaient, sans doute par les motifs que j'ai exposés, un article qui consacrait la préférence des priviléges spéciaux.

Je n'apporterais à ce principe aucune exception;

Pas même celle des frais funéraires, en faveur desquels on ne peut plus invoquer les motifs de nécessité que reconnaissaient nos anciens (pour débarrasser la maison d'un cadavre), depuis que de sages mesures de police ont assuré, même aux pauvres, une inhumation décente (décret du 18 mai 1806);

Pas même les frais de justice; car je ne les rangerais pas dans les priviléges généraux, mais bien en tête des priviléges particuliers, selon leur nature et selon la nature des objets dont le prix est à distribuer; car les frais de saisie-arrêt, par exemple, ne sont privilégiés que sur la créance arrêtée; ceux de saisie-exécution, sur les meubles saisis; ceux de scellé et d'inventaire, sur les objets soumis à ces mesures conservatoires; c'est ce qu'explique très-bien Pigeau.

Une dernière considération paraît déterminante : c'est la comparaison de notre législation avec les lois des nations étrangères qui se rapprochent le plus des principes de nos Codes.

Le Code prussien, après avoir assimilé dans les articles 222, 223, 395 les droits du créancier gagiste et du propriétaire bailleur, tire la conséquence de ce principe en décidant (Code de procéd., art. 356 et 358) que les priviléges généraux seront

Digitized by Google

primés par ceux du gagiste, du bailleur, des bateliers, rouliers et de l'assureur [1].

Le Code hollandais (art. 1184), le Code du canton de Vaud (art. 1577), celui du Tessin (art. 1183), la loi polonaise du 6 août 1825, classent sans exception, avant les priviléges généraux, les priviléges spéciaux sur les objets spécialement affectés.

Enfin les deux Codes dont les rédacteurs ont le plus approfondi leur sujet, celui de la Louisiane, celui de la Belgique, se prononcent avec détail (Louisiane, art. 3221 à 3224; — Belgique, art. 21 à 26; L., 16 décembre 1851) dans le même sens.

C'est, nous le croyons, la meilleure solution à proposer.

SÉVIN.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

ESQUISSE DU DROIT CRIMINEL DES ROMAINS.

Par M. de Valroger, professeur à la Faculté de droit de Paris.

TROISIÈME ARTICLE [2].

CHAPITRE III.

Instruction criminelle.

On vient de voir que le droit pénal des Romains présente quelques beaux principes; considéré dans son ensemble, il n'en paraîtra pas moins très-défectueux. L'instruction criminelle ne fut pas supérieure au droit pénal.

Pour en donner une idée, j'esquisserai successivement les parties principales dont se compose une procédure de ce genre.

§ 1.

Quelles règles présidaient à l'introduction d'une poursuite criminelle?

[1] C'est par erreur que la Cour de Poitiers, dans ses observations (Doc. hyp., 2, 92), donnait un autre sens au Code prussien. La Cour n'avait vu que l'article 356, et non l'article 358.

[2] V. ci-dessus, p. 368 et 400.

Digitized by Google

Je me place d'abord au temps de la République. On se rappelle qu'alors la plupart des délits privés ne donnaient lieu qu'à des actions civiles de la part de ceux qui avaient souffert de l'acte. — Quelques faits étaient frappés d'amendes dont l'application pouvait être provoquée par le premier venu, *quivis e populo;* ce qui fit donner à l'action le nom d'action *populaire* [1]. Il n'y avait encore dans ce cas qu'un procès ordinaire. — Quand il s'agissait de délits publics, ou de délits privés pour lesquels leur extrême gravité avait fait admettre une action criminelle, à qui en appartenait l'exercice?

Trois époques sont à distinguer.

I.

Dans la justice administrée par les comices, il en fut de l'accusation comme des autres propositions dont le peuple pouvait être saisi. A Rome, les magistrats seuls pouvaient se mettre en rapport avec les comices. Il n'en était pas comme à Athènes, où tout citoyen était autorisé à parler au peuple et à présenter ses motions. Le droit d'accusation n'appartint donc qu'aux magistrats [2]. La forme était celle des propositions de loi : le magistrat demandait au peuple de déclarer tel citoyen coupable de tel fait, et de lui appliquer telle peine. Le magistrat citait en même temps l'accusé à comparaître après le délai qui, d'après les usages de Rome, devait s'écouler entre une proposition et l'assemblée où elle serait appréciée [3].

II.

Après cette première époque s'ouvre celle des *Quæstiones perpetuæ*. Ces tribunaux ayant été des créations de diverses dates, la procédure n'y fut point réglée d'une manière uniforme : les auteurs des différentes lois qui les constituèrent avaient eu chacun leur dessein; ils y approprièrent leurs combinaisons. Chaque tribunal de ce genre eut donc sa procédure spéciale, aussi bien que son organisation particulière. Cependant, si les détails variaient, le fond eut assez d'uniformité. Le mode d'introduction de la poursuite était complétement changé. Tandis

[1] V. Dig., XLVII, 23, *De popul. act.*

[2] V. Geib., p. 100 et suiv.

[3] « Ter ante magistratus accusat.; quarta sit accusatio trinum nundinum prodictâ die quâ judicium sit futurum. » (Cic., *Pro dom.*, 17.)

Digitized by Google

que les magistrats avaient pu seuls saisir les comices, tout citoyen fut admis à se porter accusateur devant les *quæstiones perpetuæ*[1]. Ce droit comportait seulement certaines exceptions. Étaient exclus ceux qui avaient encouru l'infamie juridique[2].

Le système de l'accusation privée a des inconvénients de différentes natures auxquels il fallut aviser.

C'est d'abord le danger d'accusations téméraires, calomnieuses. Cette crainte fit exiger de l'accusateur qu'il affirmât sous serment sa bonne foi[3]. La garantie était faible. Une autre plus sérieuse aurait été donnée à l'innocence par une loi *Rhemmia*, s'il fallait croire que cette loi prononça contre l'accusateur convaincu de calomnie la peine de la flétrissure, une marque à imprimer sur le front; mais l'époque et les dispositions de cette loi sont entourées de beaucoup de nuages[4].

Le système de l'accusation privée a d'autres inconvénients au point de vue social.

Il y a à craindre la collusion de l'accusateur avec l'accusé, pour lui procurer un acquittement frauduleux. La collusion démontrée, *prævaricatio*, rendait l'acquittement nul et soumettait l'accusateur à la peine de l'infamie[5]. L'accusateur fut même astreint à pousser jusqu'à fin la poursuite qu'il avait entreprise, sans pouvoir s'en désister, à moins de causes justifiées. Il avait alors à obtenir la mise à néant (*abolitio*) de son accusation; sinon, il était réputé coupable d'un délit appelé *tergiversatio*, délit puni d'amende ou même de peines plus graves[6].

Cette rigueur, ces exigences étaient propres à détourner de prendre le rôle d'accusateur. On fut conduit à provoquer les accusations par la perspective de récompenses promises à ceux qui réussiraient à convaincre un coupable[7]. Même avec cet attrait peu moral, le système qui faisait reposer la poursuite criminelle sur l'accusation privée se trouva insuffisant pour assurer la répression nécessaire au bon ordre.

[1] Valer.-Maxim., 10.
[2] V. Geib., p. 99, 255.
[3] V. Geib., p. 295. — Rein., p. 808.
[4] V. Geib., p. 291 et suiv. — Rein, p. 809.
[5] V. Rein., p. 799 et suiv.
[6] Dig., XLVII, 15; XLVIII, 16.
[7] V. Geib., p. 258, 524.

Digitized by Google

III.

Pourvoir à cette répression, ce fut, comme on l'a vu, l'idée dominante du droit criminel de l'Empire : cela eût suffi pour conduire à d'autres procédés. Outre que la préoccupation du maintien de l'ordre s'était accrue, les changements opérés dans les mœurs et la constitution firent davantage sentir l'insuffisance du système de l'accusation privée. Sous la République, la justice criminelle avait été surtout une justice politique. La vivacité des partis multipliait alors les accusations jusqu'à l'excès; je citerai comme exemple les quarante-quatre accusations dont Caton eut à se défendre. Sous l'Empire, ce mouvement était arrêté; l'opinion repoussa bien plus qu'elle ne les encouragea des accusations politiques qui semblaient ne toucher qu'aux intérêts du prince. S'agissait-il de délits commis contre les individus, la partie lésée pouvait être par quelque moyen engagée au silence; le mobile abstrait de l'intérêt qu'a la société à la répression de tous les méfaits n'était pas assez fort pour faire assumer par d'autres les charges, les périls du rôle d'accusateur. Voilà bien des causes qui conspirèrent pour rendre les accusations de moins en moins nombreuses, au moment même où le besoin de répression se faisait plus vivement sentir.

Ce besoin fit entrer la procédure impériale dans d'autres voies. Les *quæstiones perpetuæ* restaient enchaînées par leurs lois organisatrices au système de l'accusation privée; mais les officiers impériaux, qui surent peu à peu s'y substituer, prirent d'autres habitudes. Ils se contentèrent d'une simple dénonciation, au lieu d'une accusation formelle. Puis, faisant un pas de plus, ils n'attendirent même pas une dénonciation; ils en vinrent à se saisir d'office de la connaissance des actes criminels, dans le but de rechercher le coupable et de le punir. Ainsi se développa la procédure qu'on a nommée procédure *inquisitoire*, parce qu'elle a pour base une recherche entreprise d'office et spontanément par le juge, à l'effet de reconnaître la culpabilité qu'il aura ensuite à punir [1].

Cette procédure n'était pas sans précédents; je ne doute pas que, de tout temps, les gouverneurs provinciaux ne l'eussent pratiquée dans les cas où un grave intérêt les y sollicitait. Leur

[1] V. Geib., p. 525 et suiv.

Digitized by Google

pouvoir n'était-il pas discrétionnaire, au moins vis-à-vis des provinciaux? Même à Rome, le sénat avait procédé ainsi dans le cas où il se saisissait de la connaissance de certains faits par mesure de haute police. Il paraît enfin que le peuple institua quelquefois des *quæstiones* autorisées à rechercher ainsi les auteurs d'actes criminels qui avaient excité l'émotion publique. Mais il n'y avait eu là que des procédés accidentels, provoqués par des circonstances spéciales, tandis que sous l'Empire la procédure inquisitoire devint une pratique chaque jour plus suivie. Employée d'abord pour les faits les plus graves, les plus dangereux, elle devint ensuite d'un usage général. Les officiers impériaux trouvèrent, pour la recherche des délits, des auxiliaires actifs dans les nombreux officiers de police qui couvraient l'Empire sous le nom de *curiosi, denuntiatores,* et sous d'autres noms encore.

Du moment qu'il eut été ainsi pourvu d'une autre manière à la poursuite des faits qui appelaient une répression, l'accusation privée devint d'un moindre intérêt, et l'on ne craignit plus autant d'écarter les accusateurs. Des peines plus sévères furent établies contre les accusations injustes. Après différentes fluctuations, le droit romain se fixa à la peine du talion; l'accusateur dut s'attendre, s'il succombait, à la peine que l'accusé convaincu aurait eu à subir. Les exclusions prononcées antérieurement contre certaines catégories de personnes furent élargies. On en vint même, pour la plupart des délits privés, à circonscrire la faculté d'accuser dans le cercle des personnes intéressées. Il en fut surtout ainsi pour les délits privés poursuivis extraordinairement (*extraordinaria cognitio*) : en s'attribuant le droit d'appliquer à certains actes une répression extralégale, les officiers impériaux n'autorisèrent que les parties lésées à la provoquer. La procédure accusatoire fut ainsi rejetée sur le second plan, tandis que la procédure inquisitoire prenait de plus en plus le premier pas.

Ce fut un grand progrès au point de vue de la répression. Mais la procédure inquisitoire a un côté mauvais : elle fait sortir le juge de la neutralité nécessaire pour qu'il demeure impartial; elle le constitue en quelque sorte partie dans l'affaire. Voilà le vice de la procédure inquisitoire. J'ai signalé plus haut les inconvénients de l'accusation privée. Notre droit français a su réunir les avantages des deux systèmes, en échappant

Digitized by Google

aux inconvénients de chacun. Il l'a su par la belle institution du ministère public dont l'honneur lui appartient. Le droit romain ne la connut pas [1].

§ 2.

J'ai recherché comment une procédure criminelle pouvait s'introduire; voyons quelles mesures provisoires pouvaient se prendre pendant l'instruction.

I.

A l'époque où régnait la justice du peuple, on vit le magistrat frapper quelquefois l'accusé d'une arrestation provisoire [2]; mais ce n'était que dans les cas les plus graves et quand la culpabilité paraissait démontrée [3]. Souvent le magistrat accordait la liberté sous caution [4]; quelquefois, au lieu d'entrer en prison, l'accusé était placé sous la garde et sous la surveillance de personnes qui répondaient de lui (*custodia libera* [5]). Il en fut ainsi de plus en plus; le prestige croissant dont le citoyen était alors entouré fit tomber dans une sorte de désuétude l'arrestation provisoire [6].

L'Empire ne pouvait avoir le même respect pour ses sujets; aussi l'incarcération provisoire rentra-t-elle alors dans la pratique et passa même en habitude. Cependant le magistrat jouissait d'un pouvoir discrétionnaire pour accorder la liberté avec ou sans caution, ou pour suppléer à l'arrestation par

[1] Vers la fin du IVe siècle, l'autorité impériale fut usurpée dans une partie de l'Europe occidentale par un chef militaire, du nom de Maxime, qui n'eut qu'un court succès. Parmi ses actes, abolis après sa chute, il y en a au moins un qui aurait mérité de lui survivre. Le fisc avait des avocats chargés de soutenir ses intérêts devant les tribunaux. Il paraît, d'après un passage de Sulpice-Sévère, que Maxime donna aux avocats du fisc la mission de se porter accusateurs d'office, dans le cas où un crime n'aurait point suscité d'autre accusation. Voilà l'idée du ministère public, mais dans l'acte éphémère d'un de ces usurpateurs qu'on flétrissait du nom de tyrans. Enveloppée dans la chute de Maxime, cette innovation ne jeta point de racines.

[2] Ex. T. Liv., III, 13, 56, 57, 58; VI, 16; IX, 34; XXV, 4.

[3] « Carcerem, quem vindicem nefariorum ac manifestorum scelerum majores nostri esse voluerunt. » (Cic., *In Catil.*, II, 12.)

[4] V. Festus, v° *Vadem.* — Varro, *De ling. lat.*, VI, 74. — T. Liv., III, 13; XXV, 4. — Dionys, X, 8.

[5] V. T. Liv., XXIV, 45; XXXIX, 14. — Sallust., *Catil.*, 47. — Cic., *In Catil.*, IV, 5.

[6] Geib., p. 287.

Digitized by Google

quelque garde plus ou moins rigoureuse[1]. Ce grand usage de l'arrestation provisoire aurait exigé un bon régime des prisons. Tout au contraire, leur régime fut déplorable. On voit les sexes confondus[2], les accusés chargés de chaînes[3]; des outrages à la moralité, à l'humanité. Quelque amélioration ne s'introduisit qu'après que l'Empire fut devenu chrétien, et grâce à la sollicitude des évêques qui se tourna vivement de ce côté[4].

II.

J'ai supposé l'accusé sous la main de la justice; il peut se dérober aux poursuites; quelle fut la conséquence de ce que nous appelons sa coutumace?

Dans les accusations portées devant le peuple, si l'accusé se dérobait aux poursuites, on n'en passait pas moins au jugement dont le résultat ne pouvait guère être douteux[5]. Il en fut encore ainsi dans la procédure des *Quæstiones perpetuæ*[6].

Sous l'Empire s'établit un système meilleur, au moins dans toutes les causes criminelles qui pouvaient emporter une condamnation dite capitale. On n'admit plus que l'accusé pût être frappé définitivement d'une peine aussi grave en son absence, sans s'être défendu[7]. On s'efforçait donc de procurer sa comparution, tant par des moyens directs que par la voie indirecte de la saisie de ses biens[8]. Ce n'était qu'au bout d'un an qu'on passait un jugement[9]. Encore la condamnation n'était-elle point définitive; elle pouvait toujours être rapportée si l'accusé,

[1] « Æstimare solet utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fidejussoribus committenda, vel etiam sibi. Hoc autem vel pro criminis quod objicitur qualitate, vel propter honorem, aut propter amplissimas facultates, vel pro innocentiâ personæ, vel pro dignitate ejus qui accusatur facere solet. » (Dig., XLVIII, 3, 1.)

[2] C. Th., IX, 3, 3. — C. J., IX, 4, 3.

[3] V. Dig., XLVIII, 3, fr., 5, 8, 13; L. 16, 216.

[4] V. C. J., I, 4, 22, § 1; IX, 4, 6, § 1.

[5] Ex. T. Liv., XXV, 4. « Tribuni plebem rogaverunt, plebsque ita scivit : Si M. Posthumius ante calendas maias non prodisset, citatusque eo die non respondisset neque excusatus esset, videri eum in exilio esse, bonaque ejus venire ipsi, aquâ et igni placere interdici. »

[6] V. Cic., *in Verr.*, II, 17, 38, 40. — Ascon., *in Cic. pro Mil.*, 35. — Plutarch., *Brut.*, 27. — Appian., *De bell. civ.*, III, 95.

[7] Dig., XLVII, 1 pr.; XLVIII, 19, 5 pr. — Paul., *Rec. sent.*, V, 5, 9.

[8] Dig., XLVII, 17, 1 et 2.

[9] Dig., XLVIII, 17, 5 pr.

Digitized by Google

se représentant, parvenait à faire reconnaître son innocence[1]; quelque chose seulement demeurait irrévocable, la confiscation des biens[2].

Sauf ce dernier point, la pratique de l'époque impériale était bien supérieure à l'usage suivi antérieurement. Elle a mérité de rester dans notre droit criminel.

§ 3.

Suivons la procédure dans sa partie la plus sérieuse, dans l'instruction qui prépare l'appréciation de la culpabilité ou de l'innocence. Le caractère de cette partie de la procédure criminelle ne varia pas moins que le reste aux trois époques qu'il faut toujours distinguer.

I.

Je me reporte d'abord à la justice du peuple. Donnons-nous le spectacle d'une de ces grandes scènes qui mettaient en présence un accusé et tout un peuple. Il ne faut pour cela que rassembler les principaux traits des récits épars dans les historiens.

Au jour fixé pour le jugement, le magistrat accusateur développe devant les comices son accusation, et produit les preuves qu'il a rassemblées. L'accusé a ensuite à présenter sa défense. Il paraît que longtemps les accusés se défendirent en personne. L'éloquence ne fut point à Rome, comme à Athènes, le fruit précoce du gouvernement populaire; les Romains eurent longtemps plus de souci de l'action que de la parole. Mais avec le temps l'éloquence prit l'essor, et alors les premiers citoyens, les plus hauts personnages ne dédaignèrent point de descendre dans l'arène judiciaire pour y défendre des accusés. C'est qu'aussi il s'ouvrait une bien large carrière devant l'orateur; tout un peuple l'écoutait, et cet auditoire frémissant, c'était le tribunal. Vous comprenez bien que le langage de l'orateur ne sera pas une discussion froide, calme, qui pourrait suffire devant une justice sans passions; c'est à une foule impressionnable que l'orateur s'adresse; souvent il s'occupera moins de démontrer que l'accusation est mal fondée que de discréditer l'accusateur : quel est-il? quels sont ses

[1] Dig., XLVIII, 17, 4, § 2.
[2] C. Th., IX, 1, 2. — C. I, IX, 40, 2.

Digitized by Google

titres pour être cru? n'obéit-il point à quelque mobile caché? où veut-il en venir?...

Les accusés cherchaient, en général, à émouvoir la pitié du peuple. L'accusé a laissé croître sa barbe, ses cheveux; il comparaît en habits de deuil, entouré de ses parents, de ses amis vêtus de deuil comme lui, et qui, depuis que l'accusation est portée, n'ont point cessé de parcourir les rues de Rome en cherchant à incliner les esprits à la clémence. A côté des parents, des amis, paraît un long cortége de citoyens qui viennent, comme *laudatores*, couvrir l'accusé de leur patronage. Les plus grands citoyens de Rome ne rougirent point de descendre à ces moyens, pour désarmer des colères qu'une attitude plus fière eût exaltées, mais qui se laissaient fléchir par le spectacle d'une haute position profondément abaissée. Quelquefois, cependant, ces moyens étaient dédaignés. Un jour c'est un vieux guerrier qui a rejeté tout habit de deuil et se contente d'ouvrir sa toge pour montrer sur sa poitrine les blessures qu'il a reçues au service de la patrie. Un autre jour c'est Scipion qui, au lieu de se défendre, somme le peuple subjugué de monter à sa suite au Capitole pour rendre grâce aux dieux de la victoire gagnée par lui à pareil jour.

On voit combien ces accusations produisaient de scènes animées. Tout y était dramatique, et la plus large carrière s'ouvrait à l'éloquence[1]; mais autant les conditions étaient bonnes de ce côté, autant elles étaient mauvaises au point de vue de la justice; tout était livré aux passions populaires: point de crime qui ne pût espérer l'impunité; point d'innocence qui pût s'assurer d'elle-même. On pouvait bien dire alors qu'il n'y avait pas loin du Capitole à la roche Tarpéienne.

II.

De cette première époque, passons à la procédure des *quæstiones perpetuæ*.

Elle se décomposait en deux parties, procédure préparatoire et débat.

[1] « Oratori clamore plausuque opus est, et velut quodam theatro; qualia quotidiè antiquis oratoribus contingebant, cum tot pariter ac tam mobile forum coarctarent, cum clientela quoque ac tribus et municipiorum etiam legationes ac pars Italiæ periclitantibus assisteret, cum in plerisque judiciis crederet populus romanus suâ interesse quid judicaretur. » (Dialog. (Taciti), *De orat.*, 39.

Digitized by Google

L'accusation admise, l'accusé est interrogé par le magistrat, non dans le but de découvrir la vérité, mais seulement pour préciser les questions du procès et circonscrire le terrain du litige. Un procès-verbal est dressé en conséquence et signé par les parties [1]. Le magistrat fixe en même temps le jour où s'ouvrira le débat. Il laisse un intervalle suffisant qui sera mis à profit par l'accusateur pour rassembler les preuves ; à cet effet, il instruit sous l'autorité du magistrat qui lui délivre les commissions nécessaires [2].

Au jour fixé, il y a avant tout à constituer le jury de jugement. J'ai fait connaître les procédés suivis pour sa composition.

Le jury formé, le débat s'ouvre publiquement dans un ordre diamétralement opposé à ce qui se pratique chez nous : on commençait par entendre les plaidoiries tant de l'accusation que de la défense. La production des témoignages ne venait qu'ensuite [3]. En adoptant cette marche, on paraît avoir considéré les plaidoiries comme propres seulement à servir d'introduction au débat. On voulut qu'après que les plaidoiries auraient préparé le jury à l'intelligence des faits, ils élevassent seuls la voix pour former sa conviction. Mais les faits ne parlent pas toujours assez clairement pour n'avoir pas besoin d'explications. Il est vrai que les parties étaient autorisées à presser les témoins de leurs questions [4], ce qui donnait lieu à des échappées de paroles pour ou contre l'accusé. Le vice du système n'était qu'atténué. Aussi la pratique fit-elle souvent reconnaître la nécessité de rouvrir les plaidoiries après les dépositions : c'est ce qu'on nommait *comperindinatio*. Tout ce qui a rapport à cet incident, aux cas où il pouvait avoir lieu et à ses procédés, reste très-obscur [5]. Un autre usage contraire aux nôtres consistait à fixer à l'avance la durée des plaidoiries. La clepsydre, le sablier, mesuraient le temps aux orateurs [6]. Ces conditions peu favorables à l'éloquence ne l'empêchèrent point de prendre le plus bel essor.

[1] Voilà ce qu'on appelait *interrogatio, inscriptio, subscriptio.* (V Laboulaye, 344. — Geib., p. 273, 282.)

[2] Laboulaye, p. 348.

[3] Laboulaye, p. 359.

[4] Laboulaye, p. 366.

[5] V. Geib., p. 372 et suiv.

[6] « Horis certis dicebant accusatores sive defensores per clepsydram. » (Schol., *Ad Verr. op. Belli*, p. 396.)

Digitized by Google

Les plaidoyers de Cicéron ne sont-ils pas les plus beaux modèles de la grande éloquence judiciaire?

Un trait commun à ces deux premières époques, c'est la publicité des débats. La publicité est de l'essence d'une bonne justice et la plus sûre garantie des intérêts; mais elle peut compromettre la découverte des crimes. La procédure impériale, toute dominée par le désir d'une énergique répression, ne manqua pas d'entrer dans la pratique du secret. Il y avait une réforme à faire et un milieu à tenir; le secret est bon pour rassembler les preuves, mais à la condition d'un débat public qui s'ouvrira ensuite. Les intérêts de l'accusé et ceux de la société sont ainsi heureusement conciliés dans notre procédure actuelle. Il n'en fut pas de même dans la procédure impériale. En adoptant le principe du secret, elle dépassa le but; le secret fut étendu à tout [1].

La défense dut alors bien changer de caractère. Il lui fallut quitter les grandes allures contractées devant les comices et retenues devant les *quæstiones perpetuæ;* la défense dut devenir une froide discussion. Ce fut une grande cause de déclin pour l'éloquence romaine : déjà le forum était muet; le secret mis ensuite dans la procédure, tout théâtre lui demeura fermé [2].

[1] V. Geib., p. 308 et suiv.

[2] V. le dialogue *De oratoribus* attribué à Tacite.

C'est cette procédure secrète que les Germains trouvèrent en usage. Ils apportaient l'habitude d'une justice populaire et publique; la publicité rentra dans la procédure criminelle. Mais au XIIIe siècle l'ascendant obtenu par le droit romain fit reprendre l'usage du secret. C'était la procédure secrète de l'Empire qui se réfléchissait dans les pages du Digeste et du Code. La procédure publique des temps antérieurs n'aurait pu être connue que par les auteurs classiques alors peu étudiés. L'antiquité classique eut à son tour sa renaissance au XVIe siècle. La procédure publique des *quæstiones perpetuæ* ne fut pas sans attirer alors l'attention : elle inspira une expression de regrets à un de nos vieux criminalistes, à Ayrault. Mais le pli était pris; la procédure criminelle, engagée dans les voies du secret, n'en devait sortir qu'après 1789.

Non-seulement la procédure française avait adopté le secret de la procédure impériale de Rome, elle avait emprunté des pratiques plus vicieuses encore à certains tribunaux ecclésiastiques d'un caractère exceptionnel, aux tribunaux de l'inquisition. On y était arrivé à rendre la procédure secrète, non plus seulement pour le public, mais pour l'accusé lui-même. Cette monstruosité ne fut jamais connue du droit romain, et je dois dire qu'elle ne défigura point non plus la vraie procédure canonique. C'est une tache particulière à la procédure inquisitoriale.

Digitized by Google

§ 4.

Pour finir, il me reste à parler du système des preuves au criminel.

Le droit romain ne connut jamais les modes grossiers par lesquels les Germains cherchaient la vérité judiciaire : cojureurs, ordalies, combat. Mais ce n'est pas à dire que le droit romain n'ait pratiqué, en matière criminelle, que des modes de preuve rationnels. A côté d'idées justes et élevées, nous allons rencontrer une grande aberration.

L'accusé peut s'avouer coupable. Le droit romain comprit qu'il ne convient pas toujours de se contenter de cet aveu [1]. On mettait au premier rang des preuves les témoignages; mais en posant ce principe qu'il fallait au moins deux témoins pour opérer une preuve complète [2]. On donnait le second rang aux indices, aux présomptions. Frappés du vague et du danger de ce moyen de conviction, des empereurs proclamèrent une règle pleine de sagesse et d'humanité : ils voulurent, pour condamner, des indices qui ne laissassent point de place au doute et qui fussent plus clairs que le jour; *Indicia indubitata et luce clariora* [3]. Mieux vaut, dirent-ils, laisser échapper un coupable que de s'exposer à frapper un innocent [4]. Belles paroles! Mais tournez la page, et vous trouverez une voie d'éclaircissement aussi déraisonnable que les ordalies ou le combat des Germains, et dans laquelle la cruauté s'ajoutait à la déraison. On voit que je veux parler de la torture [5].

Ce n'est point une invention romaine; la Grèce avait, avant Rome, demandé à la douleur la révélation de la vérité judiciaire. Ce qui fit, à Athènes et à Rome, adopter cette pratique,

[1] « Si quis ultro de maleficio fateatur, non semper ei fides habenda est; nonnunquam enim aut metu aut quâ aliâ causâ in se confitentur. » (Dig., XLVIII, 18, 1, § 27.)

[2] « Imperator pronunciavit..... unius testimonio non esse credendum. » (Dig., XLVIII, 18, 20.) — « Unius testimonium nemo judicum in quâcumque causâ facile patiatur admitti. » (C. Th., XI, 39, 3, § 1. — C. J., IV, 20, 9, § 1.)

[3] C. Th., IX, 37, 3. — C. J., IV, 19, 25.

[4] « Nec de suspicionibus debere aliquem damnari D. Trajanus Assiduo Severo rescripsit : satius enim esse impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnare. » (D., XLVIII, 19, 5 pr.)

[5] V. Wasserschleben, *Historia quæstionum per tormenta apud Romanos.* (Berol., 1836.)

Digitized by Google

ce fut le mépris de la classe servile. Qu'était-ce que l'esclave? Une chose sur laquelle on avait tout droit et qui n'en avait point. On conçoit qu'on n'ait pas hésité à tourmenter cette pauvre créature, quand on se flattait de faire sortir une vérité utile de ses souffrances. On ne se contenta pas d'infliger la torture à l'esclave accusé d'un crime; quand un maître avait péri de mort violente, tous ses esclaves, suspects de complicité, furent appliqués à la torture, afin d'arriver à la découverte du coupable. On en vint même à torturer l'esclave témoin, pour mieux éprouver quelle foi on devait avoir en lui : la déclaration de l'esclave n'était pas, à vrai dire, un témoignage; ce n'était qu'un renseignement utile qui avait besoin d'être vérifié par la torture [3].

Les outrages faits à l'humanité se retournent tôt ou tard contre le peuple qui s'en est rendu coupable. Sous la République, le respect qui entourait le citoyen protégea son corps contre les atteintes du bourreau. Mais sous l'Empire, le prestige du citoyen s'étant évanoui, la classe libre eut à son tour à subir la torture qu'elle avait appliquée aux esclaves. Dans sa préoccupation d'atteindre toute culpabilité, la justice impériale ne se fit point scrupule de torturer ceux qu'elle soupçonnait. On le fit d'abord dans les accusations de lèse-majesté, puis dans toutes les accusations graves [4]. On n'appliqua pas à la question seulement les accusés, mais encore les témoins qui, par leurs hésitations, leurs tergiversations, se rendaient suspects [5]. A la vérité, certaines catégories de personnes furent exemptées de la torture [6] : les sénateurs, de hauts fonctionnaires, les chevaliers. Les fonctions municipales étant devenues un fardeau souvent décliné, on y attacha le même avantage. Cette exemption prit place aussi parmi les faveurs qu'on prodiguait. Toute restriction apportée à l'emploi de ce procédé barbare était un retour vers l'humanité, mais un retour fait par la plus mauvaise voie. Le privilége mis ainsi dans l'application de la torture semblait la rendre plus cruelle encore.

[1] «..... Servilem in modum torsit. » (Suet., *Oct.*, 27.)
[2] Dig., XXIX, 5.
[3] Geib, p. 141, 349, 635.
[4] Geib, p. 617.
[5] Arg. Dig., XLVIII, 18, 15 pr.
[6] Geib, p. 618.

Digitized by Google

Il arrive souvent que l'homme met quelque raison dans sa déraison même. L'usage de la torture fut tempéré par deux principes louables. Elle ne devait être employée que dans le cas où l'éclaircissement de la vérité ne paraissait pas pouvoir s'obtenir autrement [1]. On voulut aussi qu'il existât déjà des indices graves, propres à rendre la culpabilité vraisemblable [2].

Je termine cette courte esquisse des procédés de l'instruction criminelle chez les Romains. Comme le droit pénal, elle a de beaux côtés, mais aussi des pages bien défectueuses et de grandes taches.

Le droit criminel de Rome fut faussé dans toutes ses parties par l'influence de la constitution politique dont il réfléchit les excès contraires : dans un temps, l'exaltation de la liberté républicaine; dans un autre, le plus extrême despotisme. Le juste équilibre qui fait la valeur des institutions politiques, est aussi la condition d'une bonne législation criminelle. Dans les institutions politiques, cet équilibre consiste en une juste part faite au principe d'autorité et au principe de liberté, aussi nécessaires l'un que l'autre. Ce qui fait l'équilibre du droit criminel, c'est une pénalité qui, en assurant autant qu'il est nécessaire la répression, ne dépasse point la mesure marquée par la justice et l'humanité; c'est aussi une procédure organisée de manière à atteindre autant que possible tous les coupables, sans rien sacrifier des garanties qui sont dues à l'innocence. Quand l'équilibre n'existe point dans les institutions politiques, il est difficile, impossible, qu'il existe dans le droit criminel. L'influence de la constitution ne s'exerce sur aucune autre partie du droit d'une manière aussi décisive. Il n'y a point d'histoire qui soit plus propre que celle du droit criminel des Romains à mettre cette vérité en lumière.

L. DE VALROGER.

[1] Dig., XLVIII, 18, 8 pr.

[2] Paul, *Rec. sent.*, V, 14, 1. — Dig., XLVIII, 18, 18, § 2. — C. J., IX, 41, 3, et 8, § 1.

Digitized by Google

DE L'INFLUENCE DE DUMOULIN

SUR CERTAINS POINTS DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

Par M. AUBÉPIN, procureur impérial à Charleville (Ardennes).

(*Suite* [1].)

VII. ***Du principe de la loi de Justinien et des bases de sa taxation.*** — Un glossateur avait écrit que la loi de Justinien était illogique et inutile, sans objet ni raison, et qu'il était plus facile de trancher les difficultés de la matière avec les textes du Digeste qu'avec le texte du Code. Dumoulin déduit huit raisons pour réfuter ce glossateur : la peine ne doit jamais aller au delà de la faute, ni l'accessoire excéder le principal; l'*interesse* suit par analogie le principe des intérêts, qui sont eux-mêmes une sorte d'*interesse*, et ne doivent jamais dépasser le double du capital ; l'*interesse extrinsecum* est odieux à plus d'un titre, etc. [2]

Mais de toutes ces raisons il en est une que Dumoulin préfère, et qu'il applique d'abord à la disposition de la loi de Justinien concernant les cas certains : « Ut enim, dit-il, ratio decidendi « totius legis est odium immensitatis et perplexi circuitus quæs- « tionum et tricarum infinitarum ejus quod interest, *ità parti-* « *cularis ratio limitationis in casibus certis est quia verisimiliter* « *non fuit prævisum nec cogitatum de suscipiendo majori damno* « *vel periculo ultrà rem pricipalem, quàm sit res ipsa princi-* « *palis* [3]. » Puis il ajoute : Pourquoi ne pas appliquer cette fiction aux cas incertains? Elle servira de guide aux juges dans l'appréciation que Justinien leur abandonne : « Hæc autem ratio « quandoque in casibus incertis quadantenùs reperitur... etiam « in casibus incertis non debet quod extrinsecùs interest *exce-* « *dere fines objecti qui verisimiliter apparebant tempore contrac-* « *tûs, sive limites periculi vel casûs prævisi et tacitè sumpti non* « *debent excedi* [4]. » Dumoulin appuie ce dernier principe de quelques exemples.

[1] V. ci dessus, page 27.

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 57, 58, 59.

[3] Conf. la loi 44, D., *De act. emp. et vend.*, d'où ce principe de Dumoulin est tiré.

[4] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 60.

Digitized by Google

Les tonneaux que vous avez achetés devaient être employés à contenir de la bière, d'après la profession particulière du tonnelier, qui n'en fabriquait qu'à cet usage; vous y avez déposé du vin, et ils se sont rompus. Le tonnelier ne sera pas tenu de vous indemniser de la perte du vin, *quia non ad hoc opus destinavit et vendidit, et sic periculum tacitè non suscepit.* Mais ces tonneaux n'étaient pas même propres à recevoir de la bière, et ils se seraient également rompus si l'on y en eût déposé; le tonnelier sera tenu de vous indemniser jusqu'à concurrence de la valeur de la bière qu'auraient pu contenir les tonneaux, *usquè ad æstimationem periculi prævisi et tacitè suscepti*[1].

J'ai deux maisons, l'une grande, l'autre petite. Je veux étayer la petite, qui menace ruine; un charpentier, après l'avoir visitée, me vend à cet effet des poutres avariées qui ne peuvent même pas servir à l'usage indiqué. Confiant dans son expérience, je les emploie à étayer ma grande maison, qui s'écroule aussitôt, et qui ne se fût pas écroulée si les poutres eussent été assez solides pour soutenir la petite. De quoi sera tenu le charpentier? Seulement du dommage que m'eût causé la chute de ma petite maison, *quia solum illud damnum fuit præcogitatum specialiter, et illud solum tacitè susceptum*[2]. Mais sera-t-il tenu de tout le dommage indistinctement? — Supposons que j'aie employé les poutres à étayer ma petite maison, et que le bâtiment, en s'écroulant, ait enseveli sous ses ruines des sommes considérables, des objets précieux, des titres importants, mon mobilier tout entier, le charpentier ne sera pas tenu de la perte de ces choses, *quia non habuit prævidere damnum pecuniæ, instrumentorum, mercium in domo tunc temporis depositarum, sed solum damnum corporis ipsius ædificii;* je dois m'imputer à moi-même de ne les avoir pas enlevés d'une maison en ruines, *non autem rerum quæ seponi solitæ sunt et debuerunt.* — La solution changerait si j'avais complétement dégarni ma maison, et que les poutres employées pour l'étayer fussent suffisantes à soutenir une maison vide, mais insuffisantes à porter le poids d'une maison meublée, le charpentier serait responsable de la perte de mon mobilier, *quia totum hoc tàm rerum quàm domûs periculum prævidit*[3].

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 60 et 61.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 62.
[3] Dumoulin, *loc. cit*, n°s 63, 64.

Digitized by Google

La seconde question posée par Dumoulin nous ramène à l'une des controverses les plus ardentes de la glose : *Quid simplum illud cujus duplum non debet excedi in casibus certis?*

Le simple de ce double n'est autre que la chose elle-même qui est l'objet principal du contrat à l'occasion duquel naît l'*interesse*. En matière de vente, par exemple, c'est la chose vendue dont la valeur occasionnelle est fixée par le prix que lui ont attribué les parties contractantes, *pretium ipsum dicitur in effectu simplum, seu propriùs et pressiùs loquendo ipsa res vendita, quæ est verum simplum, omnino censetur tanti esse quanti vendita est*, quelle que soit d'ailleurs sa valeur, *sive res fuerit vendita æquali sive inæquali pretio* [1]. Si donc la maison que vous m'avez vendue cinq cents valait réellement mille, et que j'en aie été évincé, le *simplum* sera cinq cents, et non mille [2].

Mais, qu'on le remarque bien, ceci ne s'applique qu'à l'*interesse*; or, en matière de vente, toute action résultant d'une éviction a deux chefs : l'un qui ne varie jamais et qui a pour objet le prix payé par l'acheteur, *unum perpetuum scilicet ad pretium*; l'autre qui change selon les cas, et qui a pour objet l'estimation de l'*interesse*, indépendamment de la restitution du prix, *secundum casuale, scilicet in id quod interest præter pretium* [3]. Et ces deux chefs doivent être soigneusement distingués l'un de l'autre.

S'agit-il d'une éviction partielle, qu'elle ait lieu *pro diviso* ou *pro indiviso*, le premier chef de l'action tombera sur le prix de la vente calculé au prorata de la partie évincée, *agitur ad pretium, prorata partis evictæ* [4]; le second portera sur l'*interesse* calculé sur ce prorata [5].

Quant à la valeur et à l'état de la chose évincée au moment de l'éviction, doit-il en être tenu compte? Non, en général, quand on se place au point de vue du premier chef de l'action, *non habitâ ratione ad valorem qui est tempore evictionis, vel actionis, aut sententiæ, sed ad valorem qui erat venditionis tempore* [6]; autrement, il arriverait que le vendeur pourrait trouver

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 66.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 67.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 68. — Cf. les lois *Titius*, D., inf., *De act. empti; emptorem*, h. t.; *sini venditione*, D., *De eviction.*
[4] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 67. — Cf. la loi *Bonitatis*, D., *De eviction.*
[5] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 68 69.
[6] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 67 et 69.

Digitized by Google

un lucre dans son dol, tandis que l'acheteur rencontrerait une perte dans sa bonne foi, *cur qui non dominus et alium decipit versabitur in lucro, deceptus verò in damno*[1]? La solution sera contraire lorsqu'on se placera au point de vue du second chef de l'action, mais sous certaines restrictions[2].

Ce double principe nous conduit directement à deux questions nouvelles soulevées par Dumoulin, sous les nos 4 et 6 : la première, *an quod interest extrinsecùs semper taxetur infrà illud simplum integrum, etiam si totum simplum non deficiat, sed pars tantùm*; la seconde, *utrùm augmentum casuale veniat in rationem interesse et duplo subjiciatur*. Leur examen amènera le développement des règles qui précèdent.

Appliquons au premier chef de l'action la loi *Ex mille*, D., *De evictionibus*, dont la disposition a été écrite par Papinien dans la vue d'une *stipulatio duplæ*. Cette loi prévoit quatre hypothèses.

Vous me vendez mille arpents de terre; le fleuve voisin m'en enlève deux cents, et Titius vient m'évincer d'un quart; je recours en garantie contre vous : recourrai-je pour le prix d'un quart ou d'un cinquième? Papinien répond pour le prix d'un cinquième, et il ajoute : *Quod periit damnum emptori non venditori attulit*. Dumoulin adopte la solution, *hæc autem concludit..... in actione ex empto, quatenus exprimo capite procedit*, et il ajoute : *Debet attendi..... quantitas quæ erat tempore contractus*[3].

Dans un second cas, Titius est fondé en droit au total du fonds que vous m'avez vendu : aurai-je recours contre vous pour le total du fonds vendu, ou pour le total diminué de la portion que le fleuve m'a enlevée? D'après le raisonnement suivi dans le cas précédent, il semblerait que je ne devrais avoir recours que pour la portion réellement évincée par Titius; Papinien décide néanmoins autrement. Dumoulin admet sa décision, mais les motifs qu'il allègue sont au moins subtils : *Ex quo formula stipulationis semel limitatur ad partem, necesse est ut limitetur ad partem realiter et per evictionem ablatam, toto verò residuo jure et nomine totius evicto, verba stipulationis verificantur in toto, quia totum residuum est totus fundus et totus evincitur, igitur in totum stipulatio committitur, non*

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 69.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 70, 103, 135.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 104, 109, 110.

Digitized by Google

deducto quod prius periit[1]. Puis il l'étend au premier chef de l'action *ex empto*[2].

VIII. *Suite.* — Dans une hypothèse inverse, une alluvion est venue augmenter le fonds que vous m'avez vendu, de telle sorte que la part pour laquelle Titius y avait droit, et qui formait le cinquième au moment de la vente, forme le sixième au moment de l'éviction; l'éviction de Titius n'est fondée pour un cinquième qu'eu égard à l'état du fonds au moment de la vente, *pro rata antiqui statûs*. La raison en est simple, dit Dumoulin après Papinien, *alluvionis periculum non præstat venditor, hoc est non tenetur de evictione augmenti, et est idem non augeri quantitatem evictionis, si res melior facta sit.* Et il applique la solution au premier chef de l'action *ex empto*[3].

Enfin, des mille arpents que vous m'avez vendus, le fleuve m'en a enlevé deux cents sur un point, et m'en a rapporté en même temps deux cents sur un autre par une alluvion; Titius m'évince pour un cinquième : mon recours sera-t-il évalué sur le fonds considéré eu égard à l'inondation qui m'a enlevé deux cents arpents, et indépendamment de l'alluvion qui m'en a rapporté deux cents, ou bien conviendra-t-il de faire une sorte de compensation entre les arpents enlevés et les arpents rapportés, de façon à considérer le fonds comme n'ayant jamais éprouvé de détérioration ni reçu d'augmentation? Papinien s'arrête au premier avis, et Dumoulin en donne après lui cette raison : *Quod novissimâ alluvione restitutum est habetur pro novâ regione et novâ adquisitione quæ non fuit vendita, quæque ad hanc evictionem non pertinet, in quâ solum consideratur quod per judicium de eo quod venditum et traditum fuit evincitur*[4]. Et comme dans les cas précédents, il étend la conclusion au premier chef de l'action *ex empto.*

Plaçons-nous maintenant au point de vue du second chef de l'action. Je vous ai vendu une maison mille, et je vous l'ai vendue à son juste prix; puis dans la ville où elle se trouve, les maisons ont triplé de valeur, et c'est alors que survient une éviction : ne vous devrai-je compte que du prix de vente? On

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 111, 112, 113, 114.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 136.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 115.
[4] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 116. — V., *ibid.*, nos 117, 118, 119 à 124, l'examen d'hypothèses afférentes à la loi *ex mille.*

Digitized by Google

pourra dire en ma faveur qu'une fois vendue et livrée, la chose demeure à vos risques, et l'on citera la loi *Ex mille. Breviter dico*, résout Dumoulin, *quod tenetur etiam in id quod extrinsecus ratione hujus augmenti interest, non tamen ultra duplum.* Et il oppose la loi *Venditor hominis*, D., *De evictionibus*, la justice et la raison. Si vous n'aviez pas acheté cette maison, vous auriez placé plus avantageusement votre argent, et je vous dois compte de cet avantage que ma faute vous a fait manquer [5].

Dumoulin a modifié sa décision par ces mots : *non tamen ultra duplum*, et il prend texte de leur développement pour combattre les glossateurs qui enseignaient que le cas de la loi *Venditor hominis* ne tombait pas sous le coup de la loi de Justinien. Il serait oiseux de le suivre dans cette discussion; il importe seulement de conclure avec lui que dans ce cas, et dans tous les cas semblables, le second chef de l'action *ex empto* doit atteindre, non pas toute sorte d'*interesse* sans distinction, *non quodlibet prætensum interesse*, mais seulement l'*interesse* prochain et raisonnable, *justum, verum et propinquum duntaxat;* que, par exemple, dans le cas de la loi *Venditor*, le part de l'esclave évincé, ou l'hérédité dont il a fait adition sur l'ordre de l'acheteur, ou l'alluvion, dans le cas de la loi *Ex mille*, doivent entrer dans l'estimation de l'*interesse*, mais à la condition de ne pas dépasser le double du prix de vente, *sub dictâ moderatione dupli* [1].

Ainsi donc, pour apprécier le premier chef de l'action résultant d'une éviction, on considérera l'état de la chose évincée au moment de la vente, et pour apprécier le second, on considérera cet état au moment de l'éviction. Jusqu'à présent nous ne nous sommes préoccupé, avec Dumoulin, que des augmentations ou des détériorations fortuites. Pour les détériorations ou les augmentations volontaires, on suivra avec lui les lois romaines [2].

Jusqu'à présent aussi, nous n'avons étudié que des hypothèses où la chose évincée a de soi une existence illimitée; les solutions seront-elles les mêmes quand cette chose n'aura

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 135, 137, 137.

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 138, 139, 140 à 149.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 67, 68, 69, 130. — Cf. la loi 48, D., *De eviction.*; la loi 31, § 3, D., *De petit. heredit.*; la loi 45, § 1, D., *De act. emp.*; la loi 43, D., *De eviction.*; la loi 9, C. *eod. tit.*

Digitized by Google

qu'une existence limitée, comme une bête de somme, ou un droit de bail ou d'usufruit? Ainsi vous me donnez à bail une maison pour neuf années; à la fin de la huitième survient une éviction : les deux chefs de mon action contre vous seront-ils basés sur le prix total de location, ou seulement sur le prix de la dernière année?

L'objet du contrat n'est pas, à proprement parler, la maison louée, mais le droit temporaire concédé sur cette maison, *solum temporale jus et successivam habet obligationem;* il semble donc que cet objet, étant par sa nature susceptible de division, l'action doit se diviser aussi, et ne porter que sur le prix de location calculé au prorata de la dernière année, pour le premier chef, et quant au second, s'il y a lieu, que sur l'*interesse* apprécié *quantum justè probabitur.* — Cependant il semble aussi qu'une distinction serait plus équitable : ou en effet l'éviction a lieu *ex defectu totius juris venditoris*, parce que le locateur a loué une maison qui ne lui appartenait pas, et alors il ne faut pas que le locateur puisse retirer quelque gain du dommage que je subis, il me rendra donc le prix entier de location à partir du contrat, et me devra, de plus, indemnité des pertes que j'aurai éprouvées ou des avantages que j'aurai manqués par suite de l'éviction; ou l'éviction n'a lieu qu'*ex defectu juris à tempore evictionis tantùm*, parce que le droit du locateur sur la maison était soumis à une condition dont l'accomplissement l'a anéanti, et alors la première solution sera maintenue. — Mais à étudier la difficulté de plus près, on voit que la solution du premier cas de la distinction, vraie peut-être si le locateur était de mauvaise foi, ne saurait l'être lorsqu'il a agi de bonne foi, puisqu'elle conduirait à ce résultat inique, que le locataire aurait joui de la maison pendant huit ans, et n'en reprendrait pas moins le prix de cette jouissance de façon à avoir en même temps et la chose et le prix, tandis que le locateur n'aurait, pendant ces huit ans, ni joui de la maison ni reçu les loyers. Il faut donc conclure sans distinctions avec Dumoulin : *Sic in effectu totum hoc casu relabitur in actionem ex empto, quæ ex primo quidem capite competit ad pretium pro rata rei effectualiter evictæ; ex secundo verò capite quantùm justè interesse probabitur, dummodò non excedat pretium vel summam rei principalis*[1].....

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 124, 125, 126 à 135.

Digitized by Google

Jusqu'à présent enfin, nous avons vu des cas où l'action résultant de l'éviction portait à la fois sur les deux chefs indiqués plus haut; nous en avons également vu où elle ne portait que sur le premier, lorsqu'il n'y avait pas lieu à l'*interesse*. Il peut se faire aussi que l'action ne porte que sur le second, lors, par exemple, que l'esclave dont parle la loi *Venditor hominis* est morte laissant un part qui a été dès lors seul évincé. Dans cette hypothèse, l'esclave a péri pour l'acheteur, et le vendeur n'est tenu que de l'*interesse* du part. *Veniet ergo partus tanquam interesse*[1].

IX. *De l'*interesse *dans les délits, de l'*interesse conventum *et de l'*interusurium. — Il nous reste, pour achever l'étude sommaire du *Tractatus*, à examiner avec Dumoulin les trois questions suivantes : la loi de Justinien s'applique-t-elle aux délits? — l'*interesse conventum* lui échappe-t-il sans distinctions? — que penser de l'*interesse* dans les contrats qui ont pour objet principal une somme d'argent?

On a déjà pressenti la doctrine de Dumoulin sur le premier point; tout ce qu'il a dit jusqu'à présent a été subordonné à cette idée que le fait qui donnait naissance à l'*interesse* provenait de négligence ou d'oubli, mais n'était point entaché de dol. Là donc où le dol se montre, les tempéraments de la loi de Justinien et les distinctions de la doctrine font place à une règle inflexible : *Ubicumquè dolus malus probatur, sive in faciendo, sive in omittendo, etiam in contractibus, vel quasi, cessat beneficium primi responsi hujus legis.* — Où ne conduirait pas, en effet, une solution contraire? La loi n'a pas été faite pour fomenter les délits ou leur assurer une coupable indulgence, le dol prive de plein droit celui qui l'emploie des faveurs de la loi, et il serait immoral que la loi favorisât d'iniques prétentions[2].

Toutefois, il faut entendre le dol dans son sens légal, non point d'une simple négligence qui amènerait un retard dans l'exécution, *non ex eo solo quòd quis negligit suo loco et tempore id implere ad quod scit se obligatum*, mais d'une intention méchante, comme le définit le droit, ayant pour but de circonvenir quelqu'un, de le tromper et de lui porter préjudice, *sed pro dolo in specie vel destinatâ malitiâ.* Ainsi défini, le dol, quand il se rencontre dans une espèce, oblige l'auteur des manœuvres coupa-

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 149.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n°s 154, 155.

Digitized by Google

bles à indemniser sa victime de toutes les pertes qui en résultent pour elles, quelles qu'elles soient et quelle que soit aussi leur étendue, excédassent-elles le quadruple de la chose principale, *teneatur præter debitum ad omnia damna et detrimenta per creditorem incursa..... etiamsi in duplo, triplo vel quadruplo excedant quantitatem debiti.* Que pourrait-on opposer à cette solution? Ce n'est plus, à vrai dire, un *interesse extrinsecum* qui se trouve en jeu dans ce cas, mais une obligation spéciale, née du délit et incertaine de sa nature, *ex hujusmodi dolo ut ex delicto separato oritur nova et separata obligatio ad omne interesse resarciendum quæ est una separata et principalis obligatio incerta* [1].

L'*interesse conventum* repose sur la volonté des parties; à ce titre il semble devoir faire leur loi sans aucune restriction. Cependant le droit, dans de nombreuses circonstances, a imposé des limites à cet arbitraire, et, il faut le reconnaître, cette limitation est conforme à l'équité, en même temps que salutaire à la paix des États et aux rapports journaliers de la vie civile. Pourquoi donc ne l'appliquerait-on pas ici? Aucune des parties n'y trouverait une occasion de préjudice, le stipulant lui-même y rencontrerait le plus souvent un avantage. La loi de Justinien y est conforme, sinon dans sa lettre, du moins dans son esprit. Quant au chiffre de cette taxation, le droit, dont la loi du Code n'est qu'un reflet, l'arrête d'ordinaire au double de la valeur de l'objet principal du contrat; toutes les analogies conduisent à l'arrêter également à ce chiffre pour les cas certains, tandis que pour les cas incertains il semble équitable de la borner à l'estimation de l'objet principal, augmentée de l'*interesse* qui peut naître à cette occasion [2].

Néanmoins cette règle ne saurait être absolue, et il peut se présenter tel cas certain dans lequel la clause pénale excède le double de l'objet principal du contrat, sans excéder une juste limite. Ainsi vous avez loué ou vendu un cheval à un négociant, et vous vous êtes engagé, à défaut de tradition à une époque et dans un lieu déterminé, à lui payer le triple ou le quadruple du prix. L'intérêt qu'a ce négociant à se trouver à un marché où doit le conduire, ou bien où il doit vendre lui-même ce cheval, peut légitimer le taux élevé de la clause pénale. Dans cette

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 156, 157, 158.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166 à 169.

Digitized by Google

hypothèse et dans les autres semblables, de certain qu'il était de soi, le cas devient incertain, en raison du risque spécial que le locateur ou le vendeur assume par la clause, et dès lors il suffit que l'estimation raisonnable de l'intérêt du locataire ou de l'acheteur ne soit pas excédée [1].

En résumé, ou la clause prévoit l'*interesse* en général sans lui imposer de limites d'estimation, et alors on retombe dans l'application de la loi de Justinien; ou la clause limite l'*interesse* à une somme déterminée, et alors il faut encore distinguer. S'il s'agit d'un cas certain, et que la somme fixée par la clause n'excède pas de beaucoup le double du prix, on pourra la maintenir; si au contraire la somme fixée excède notablement le double, il faudra l'y ramener, à moins que cet excès ne se légitime par quelque motif spécial, *nec appareat de aliâ specificâ justâ causâ tantæ pœnæ*. S'il s'agit d'un cas incertain, la convention doit toujours être maintenue, *si non excedat probabilem summam negotii principalis, et ejus quod probabiliter in talibus interesse potest* [2].

Dumoulin, examinant quel était le simple du double imposé par la loi de Justinien comme limite à l'*interesse* dans les cas certains, a dit déjà que pour l'acheteur le simple, dans le contrat de vente, était le prix, mais il a aussitôt ajouté : *Hoc intelligendum est in effectu ob adpretiationem et limitatam æstimationem rei emptæ et debitæ*, car pour l'acheteur le véritable intérêt du contrat réside dans la chose vendue, surtout quand il agit contre le vendeur en éviction de cette chose. De même pour le vendeur, le *verum simplum* n'est autre que le prix. Cependant Dumoulin n'a pas parlé du vendeur, il en donne ici la raison : les deux situations sont bien diverses, et l'*interesse casuale*, qui peut aisément se rencontrer du côté de l'acheteur, se trouve difficilement du côté du vendeur; en d'autres termes, *pretium consistit in nummis, in quibus non cadit affectio*.

Pourquoi l'argent n'est-il pas de sa nature susceptible de l'*interesse extrinsecum?* Parce que l'argent, à titre de chose fongible, reçoit un accroissement propre et spécial que ne reçoivent pas les autres choses; que cet accroissement créé dans l'intérêt du commerce, dont l'argent est l'âme, donne à tous la possibilité de se procurer des deniers facilement; qu'il

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 169.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 170.

Digitized by Google

a été nécessaire de renfermer cet accroissement dans certaines limites précises, pour éviter les abus et tarir la source d'une infinité de litiges que sa fixation aurait soulevés à chaque pas; qu'enfin la nécessité de ne pas laisser à la fraude le moyen de violer à l'aise cette loi limitative, a fait substituer, dans le cas où l'*interesse* viendrait à naître au sujet d'un contrat ayant une somme d'argent pour objet, cet accroissement toujours invariable à un *interesse* toujours variable [1].

Cet accroissement, qui prend dans le droit le nom d'*usura*, reçoit ici spécialement, sous la plume de Dumoulin, celui d'*interusurium*. Ailleurs, dans son *Tractatus contractuum, usurarum, redituum*, etc., il le rapproche de l'*interesse extrinsecum* proprement dit, et ce rapprochement lui donne occasion d'en préciser les caractères. Celui-ci constitue une dette certaine et indivisible qui vient à échéance à un moment donné; on peut le qualifier de *momentaneum*. Celui-là n'est dû que jour par jour et se calcule sur l'espace de temps écoulé depuis le fait qui lui a donné naissance; il est plutôt *successivum*. Le premier ne peut naître que de la faute, du retard ou du dol du débiteur; le fait qui lui donne origine doit être prouvé, et sa mesure strictement établie. Le second prend sa source en dehors de ce cercle restreint, dans ce principe beaucoup plus large que nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et une simple convention suffit à lui donner le jour, et sa fixation n'exige aucune preuve. L'un est de sa nature *singulare* et se rapporte *ad singularem utilitatem*, tandis que l'autre est de soi *commune* et soumis à la commune loi des intérêts. L'un est indépendant des fruits de la chose à l'occasion de laquelle il naît et n'en tient pas la place, tandis que l'autre représente l'usage de cette chose. Ils se rencontrent en un seul point, à savoir que l'un et l'autre sont des accessoires, *conveniunt autem in hoc quòd utrumque est accessio obligationis principalis* [2].

Telle est dans son ensemble la théorie de Dumoulin sur le *id quod interest*, image fidèle de la science à son époque dans les points de contact les plus intimes de la pratique française et du droit romain métamorphosé par la glose et les bartolistes, en-

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 92. — V. dans les numéros suivants, 93 à 101, le développement de la théorie romaine du *quanti plurimi* appliqué, à titre d'*interesse*, aux choses fongibles.

[2] Dumoulin, *Tract. contract., usurar. redit.*, etc., n° 499.

Digitized by Google

core empreinte des abstractions de la scolastique, et s'efforçant déjà de s'accommoder aux caractères de l'esprit national.

X. *Doctrine de Domat sur les dommages-intérêts.* — Pour étudier d'une manière détaillée le développement de l'influence de Dumoulin en cette matière, il serait nécessaire de se livrer à de minutieuses recherches dans les œuvres des romanistes qui l'ont suivi et dans les annales de la doctrine et de la jurisprudence françaises après lui. On verrait alors les deux éléments qu'il a rapprochés et combinés dans son *Tractatus*, l'élément romain et l'élément rationnel, se diviser pour alimenter, l'un principalement les commentaires sur la loi de Justinien, l'autre surtout les traités sur la matière des dommages-intérêts. On verrait aussi nombre de ses solutions sur le premier contestées et repoussées par les commentateurs, tandis que ses principes sur le second seraient pour la plupart adoptés sans objections par les praticiens. Il nous semble préférable de prendre dans cette étude deux points d'arrêt, l'un aux *Lois civiles* de Domat, l'autre aux traités de Pothier sur les *Obligations et la vente.* Avec Domat, nous verrons la doctrine hésiter entre Dumoulin, qu'elle suit dans les principes généraux, et la glose, qu'elle lui préfère dans certains principes de détail. Avec Pothier, nous verrons la théorie de Dumoulin triompher de toutes les objections et dominer sans partage dans la matière. Cette marche nous conduira par une voie plus facile au même résultat.

Domat s'occupe en deux endroits de son livre des dommages-intérêts ; il en parle généralement au titre 4 du livre III, et spécialement, par rapport au contrat de vente, au titre 2, sections 2, 3 et 10 du livre I.

C'est un principe primordial que quiconque cause un dommage est tenu de le réparer. Considérés dans leur apparence, les dommages sont de deux sortes : ou de ceux qui font perdre ou périr ou endommagent quelque chose, ou de ceux qui donnent lieu à une perte purement immatérielle. Considérés dans l'intention de celui qui les cause, ou ils sont des effets d'un mauvais dessein, d'un crime, d'un délit, d'une tromperie, ou ils viennent par simple négligence, par faute ou même par impuissance d'exécuter un engagement. Considérés dans le dédommagement qu'ils engendrent, ils se résolvent ou en dommages-intérêts ou en intérêts.

L'intérêt est le dédommagement dont un débiteur d'une

Digitized by Google

somme d'argent peut être tenu envers son créancier, pour le dommage qu'il peut lui causer faute de payer la somme qu'il doit; tous les autres dédommagements, de quelque nature que soit le dommage, s'appellent dommages et intérêts. Il y a cette différence entre ces deux sortes de dédommagements que tous les dommages que peuvent souffrir ceux qui ne sont pas payés d'une somme au terme sont tous uniformes, et fixés par la loi à une certaine portion de la somme due pendant une année, tandis que dans l'autre cas on doit indéfiniment les dommages-intérêts qui peuvent suivre du défaut d'exécution de l'engagement, selon la diversité des pertes, la qualité des faits qui les ont causées et les autres circonstances.

Cette différence est dans la nature même des choses. Les dommages, qui viennent d'ailleurs que du défaut de payement d'une somme, naissent de quelque engagement qui distingue et marque la nature du dommage qu'on pourra devoir si l'on n'y satisfait. Mais l'engagement de ceux qui doivent des sommes d'argent n'a aucun rapport précis à quelque espèce de dommage particulier et déterminé qui doive arriver s'ils ne payent pas, et la qualité du dommage dépendra dans ce cas des circonstances particulières où se trouvera le créancier qui ne serait pas payé au terme. On rencontre donc, dans la première hypothèse, en l'engagement même un juste fondement pour distinguer le dédommagement qui peut être dû et pour le régler, tandis que, dans la seconde, l'engagement n'est pas un principe qui puisse distinguer les dédommagements selon la diversité des dommages éprouvés.

En ce qui concerne spécialement les dommages-intérêts, on doit décider s'il en est dû, et les régler d'après la qualité du fait d'où le dommage est arrivé, selon qu'il contient dol ou simple faute, et d'après les événements qui ont suivi ce fait, selon qu'ils sont tels qu'on doive les imputer à celui qui en est l'auteur, ou qu'il y a d'autres causes jointes.

Ainsi un marchand loue une boutique pour une foire, mais, au jour où il doit prendre possession, le locateur est évincé, et le marchand est obligé de louer une autre boutique semblable à un prix beaucoup plus élevé, ou n'en pouvant trouver il perd l'occasion de sa vente, et fait banqueroute. — Dans le premier cas, tout le dommage consiste en ce que le marchand a loué une autre boutique plus cher, et ce dommage ayant pour cause

Digitized by Google

unique l'inexécution par le locateur de son engagement, celui-ci doit être tenu de ce qu'il en a coûté de plus pour louer l'autre boutique. — Dans le second cas, le marchand a payé des frais de voitures pour transporter ses marchandises, il a manqué un profit, enfin il a fait banqueroute. Les frais de voitures sont une suite nécessaire de l'inexécution du louage. La perte du profit est encore une suite de cette inexécution, mais elle n'en est pas une suite nécessaire, car il pouvait arriver ou par l'abondance des marchandises de même qualité que les siennes, ou par la disette d'argent et le peu d'acheteurs, ou par d'autres causes, que le marchand n'eût que peu de profit ou que même il n'en eût aucun. A l'époque du contrat, on était donc dans l'incertitude des événements qui pouvaient rendre ce profit plus ou moins grand, moins on devait compter sur ce profit, et dès lors il est juste d'arbitrer quelque dédommagement qui sera réglé selon les circonstances. Quant à la banqueroute, elle a sa cause particulière dans l'état où étaient les affaires du marchand, et ne peut être imputée au locateur.

Supposons, en reprenant la même hypothèse, que la boutique louée au marchand ait été la proie des flammes à une époque si rapprochée de la foire que le locateur n'ait pu l'en informer; il y a là un cas fortuit qui ne saurait retomber sur le locateur, par la règle que personne n'est tenu des cas fortuits s'il n'y a quelque faute. — Supposons au contraire que le locateur, après avoir loué la boutique au marchand, la loue néanmoins à un autre marchand qui lui en offre un prix supérieur, il sera tenu des dommages-intérêts dans toute l'étendue que la rigueur de la justice peut demander, parce que la mauvaise foi renferme la volonté de tout le mal qu'elle peut causer.

Enfin c'est une distinction vulgaire dans la matière que celle des dommages-intérêts qui sont dus pour un dommage ou une perte qu'on souffre par une diminution de ses biens présents, et des dommages-intérêts qui sont dus pour un gain qui cesse.

Après ces notions générales qui forment le préambule du titre 4 du livre III, Domat aborde d'une manière plus précise la théorie des dommages-intérêts dans la section 2 de ce titre.

« On appelle dommages-intérêts, dit-il, le désintéressement « ou le dédommagement que doivent ceux qui sont tenus de « quelque dommage [1].

[1] Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. 4, préambule, et sect. 2, n° 1.

Digitized by Google

« Toutes les règles de la matière, poursuit-il, regardent ou « la question de savoir s'il en est dû, ou celle de savoir en quoi « ils consistent. La question, s'il est dû des dommages-intérêts, « est toujours une question de droit qui dépend de savoir si « celui à qui on les impute doit en être tenu [1].

« Cette première question de savoir s'il est dû des dommages- « intérêts étant décidée, c'en est une seconde de savoir en quoi « ils consistent, c'est-à-dire de discerner, dans toute l'étendue « du dommage qui est arrivé, ce qui doit en être imputé à celui « qui est obligé de dédommager, et ce qui ne doit pas lui être « imputé..... Et cette question..... est une seconde question de « droit [2].

« Lorsque les questions de droit ont été jugées, et qu'il est « réglé que les dommages-intérês sont dus, et en quoi ils con- « sistent, il reste une troisième question de savoir à combien « il faut les estimer, ce qui ne doit être regardé que comme « une question de fait [3]. »

Puis Domat érige en axiomes les distinctions qu'il a faites plus haut entre les dommages et les pertes qui sont une suite immédiate du fait dommageable, et ceux qui n'en sont qu'une suite éloignée, entre les dommages qui consistent dans une perte effective et ceux qui privent de quelque profit, entre les faits dommageables où il ne se trouve ni dol ni mauvaise foi et ceux où il s'en trouve [4].

XI. *Suite.* — Assurément Dumoulin n'aurait désavoué aucun des principes qui viennent d'être posés, aucune des doctrines qui viennent d'être émises par Domat. Jusqu'ici nous pouvons suivre sa théorie, et quelquefois d'assez près, sans avoir d'autre remarque à faire que celle des modifications profondes qu'apporte le temps dans la conception d'une même idée. Placé en présence de traditions scientifiques dont il ne pouvait complétement se séparer, bien qu'il les combattît, retenu par les nécessités de controverses antérieures sur un terrain désigné, Dumoulin a écrit son *Tractatus* en controversiste plutôt qu'en docteur. A part les notions élémentaires du sujet, qui trouvaient nécessairement place au début de son œuvre, les principes que

[1] Domat, *loc. cit.*, ibid., ibid., n° 2.
[2] Domat, *loc. cit.*, ibid., ibid., n°s 3 et 4.
[3] Domat, *loc. cit.*, ibid., ibid., n° 5.
[4] Domat, *loc. cit.*, n°s 6, 7 et suiv.

Digitized by Google

nous verrons bientôt mis en relief par Po hier, comme les colonnes de la matière, semblent naître de controverses secondaires, dans le cours desquelles on les rencontre à titre de preuves ou d'analogies. Enfin la langue du sujet, s'il est permis de s'exprimer ainsi, emprunte je ne sais quelle barbarie aux discussions préexistantes, de telle sorte que Dumoulin est obligé souvent de donner une sorte de glossaire de cette langue de convention.

On se sent plus à l'aise avec Domat, la discussion a disparu pour faire place à un ensemble de déductions logiques, qui, de degrés en degrés, vous conduit aux limites du sujet; il n'est plus question de la loi de Justinien, *elle n'est plus à notre usage*, dit Domat, la raison s'est substituée aux querelles de l'école, et les principes se dégagent dans toute leur lumière. Avouons-le néanmoins, les notions perdent en précision ce qu'elles gagnent en clarté; la définition des dommages-intérêts de Domat n'a pas l'énergie de celle de Dumoulin; plus vraie peut-être au point de vue philosophique, elle l'est moins au point de vue juridique. La notion du *lucrum cessans* et du *damnum emergens*, que les lois romaines elles-mêmes présentaient comme les éléments substantiels de l'*interesse*, est à tort rejetée sur un plan secondaire, sous la forme d'une distinction, lorsqu'elle contient toute la matière. Enfin la notion des dommages-intérêts, sous la plume de Domat, ne se détache pas assez hardiment de la notion de l'objet à l'occasion duquel ils naissent. Faut-il l'attribuer au point de vue de généralisation où il se place dans son livre, ou à une intelligence imparfaite de la matière sur ce point? L'examen de la doctrine de Domat sur les dommages-intérêts en matière de vente va fournir la réponse à cette question.

Domat parle des dommages-intérêts qui peuvent naître à l'occasion de la vente, d'abord en traitant de la délivrance, puis en traitant de l'éviction.

La délivrance doit se faire au temps réglé par le contrat et dans le lieu dont on est convenu; si le vendeur est en demeure de délivrer la chose vendue au jour et au lieu où la délivrance doit être faite, il est tenu des dommages-intérêts de l'acheteur; ces dommages-intérêts sont ceux qu'a causés le retardement selon l'état des choses et les circonstances [1].

En cas d'éviction, si la vente est résolue, le vendeur est tenu

[1] Domat, *loc. cit.*, liv. I, tit. 2, nos 14, 15, 16, 17, 18.

Digitized by Google

de rendre le prix et d'indemniser l'acheteur des dommages et intérêts qu'il en pourra souffrir. (L. 70. D., *De evictionibus.*)[1]

Si la chose vendue n'a changé ni d'état ni de valeur depuis le contrat, le vendeur ne sera tenu que de rendre le prix qu'il avait reçu, les frais d'expédition du contrat, ceux de la prise de possession et les autres dommages-intérêts, s'il y en a. (L. 60, D., *De evictionibus.*)[2]

Si la chose vendue est détériorée ou diminuée de valeur, soit par sa nature, soit par un cas fortuit, soit par l'effet du temps, l'acheteur ne peut *recouvrer contre le vendeur que la valeur présente lorsqu'il est évincé, car ce n'est qu'en cette valeur présente que consiste la perte qu'il souffre, et, comme la diminution qui avait précédé regardait l'acheteur, il ne doit pas profiter de l'éviction.* (L. 70 et 66, D., *De evict.;* L. 64, *eod. tit.;* L. 45, D., *De act. emp.*)[3]

Si la chose se trouve valoir plus au temps de l'éviction qu'au temps de la vente, le prix en ayant été augmenté par l'effet du temps, le vendeur sera tenu envers l'acheteur de ce qu'elle vaudra au temps de l'éviction, car il perd cette valeur étant évincé, et sa condition ne doit pas être rendue plus mauvaise par cet événement dont le vendeur doit le garantir. (L. 1, 45, 66, D., *De evictionibus.*)[4]

Non-seulement, on le voit, Domat ne distingue pas dans ces diverses solutions le prix de la chose vendue, premier chef de l'action, de ce qui peut être dû pour dommages-intérêts, second chef de l'action, mais encore il confond ensemble ces deux choses, cependant si distinctes dans la loi romaine elle-même. *Non pretium continet tantùm*, dit la loi 43, D, *De act. emp.*, en parlant de l'action, *sed omne quod interest emptoris.* Où le conduit cette confusion? A une injustice que Dumoulin a signalée déjà, quand il dit au vendeur gratifié par Domat d'une partie du prix de vente : *Cur tu, quum non esses dominus nullumque juris haberes, lucraberis partem pecuniæ meæ, cum jacturâ meâ, prætextu deteriorationis etiam casualis? Cur qui non dominus et alium decepit versabitur in lucro, deceptus vero in damno*[5] !

[1] Domat, *loc. cit.*, ibid., ibid., sect. 10, n° 12.
[2] Domat, *loc. cit.*, ibid., ibid., n° 13.
[3] Domat, *loc. cit.*, ibid., ibid., n° 14.
[4] Domat, *loc. cit.*, ibid., ibid., n° 15.
[5] Dumoulin, *Tract. de eo quod inter.*, n° 69.

Digitized by Google

Quels textes allègue-t-il qui puissent combattre la loi 43, D., *De evict ?* Est-ce la loi 70, D., *De eviction.?* Paul dit, il est vrai, dans ce texte : *Evictâ re ex empto actio*, *non ad pretium duntaxat recipiendum, sed ad id quod interest competit, ergò et si minor esse cœpit, damnum emptoris est;* mais Dumoulin a déjà répondu que ces derniers mots se refèrent seulement à l'*id quod interest*, et non au prix, et la structure de la phrase lui donne évidemment raison. — On fait la même réponse à la loi 45, D., *De eviction.* — Quant à la loi 64, D., *eod. tit.* (L. *Ex mille*), Dumoulin a prouvé qu'elle avait le même sens, et la même confusion se retrouve dans les autres autorités invoquées par Domat [1].

Domat ne suivait pas seul à son époque les anciens principes de la glose; Caillet, professeur à l'Université de Poitiers, les enseignait aussi, et, outre les autorités déjà alléguées, il citait encore les lois 8, D., *De hered. vend.*, et 23, D., *De evictionib.* — La loi 23, s'adressant à un acheteur évincé, lui dit, il est vrai : il t'est dû *quanti tuâ interest, non quantùm pretii nomine dedisti;* mais il suffisait de restituer à cette loi son véritable sens pour la rétorquer contre Caillet. — Il est encore vrai que la loi 8, prévoyant le cas d'un acheteur de droits successifs évincé, décide, *si est quidem aliqua hæreditas, sed ad venditorem non pertinet, ipsa æstimetur;* mais Dumoulin avait répondu d'avance à cette objection : *Hoc ibi dicitur ad finem augendi actionem, ut sive pretium nondùm sit solutum exigatur quod supervalet pretio, sive pretium solutum sit, exigatur major æstimatio, non autem ad finem restringendæ actionis* [2].....

XII. *Doctrine de Pothier sur les dommages-intérêts.* — Lorsqu'on arrive à Pothier, la scène change. Le mouvement, dont nous avons surpris la marche dans Domat, est arrivé à son terme. La loi de Justinien, les systèmes de la glose, les théories des docteurs, sont choses oubliées; il n'en serait plus question si Domat ne les avait réveillées, et si l'autorité de son nom ne leur méritait une réfutation. Du Traité de Dumoulin lui-même il n'est resté que la partie doctrinale, la controverse a suivi dans l'oubli les doctrines qui l'avaient soulevée. Mais dans cette partie Dumoulin revit tout entier sous la plume de Pothier, et

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, nos 68, 69 et suiv. — Pothier, *Vente*, nos 69 et suiv.
[2] Pothier, *Vente*, no 69. — Dumoulin, *loc. cit.*, no 69.

Digitized by Google

nous le retrouverons souvent traduit, souvent reproduit, toujours cité, toujours fidèlement compris.

Pothier, comme Domat, traite des dommages-intérêts, d'une manière générale d'abord dans son *Traité des obligations*, d'une manière spéciale ensuite dans son *Traité de la vente*.

Domat puisait sa définition des dommages-intérêts plutôt dans leur forme extrinsèque que dans leur nature intrinsèque; Dumoulin avait défini l'*interesse* subjectivement, *lucrum cessans, damnum emergens;* Pothier dit après lui : « On appelle dom-« mages-intérêts la perte que quelqu'un a faite, et le gain qu'il « a manqué de faire. » Et, comme lui, il cite la loi 13, D., *Rat. rem hab.* [1].

Puis il jette en avant les distinctions déjà connues entre le cas où l'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, et le cas contraire, entre les dommages dont il doit être tenu et ceux qui ne lui incombent pas.

Lorsqu'on ne peut reprocher au débiteur aucun dol, il n'est tenu que des dommages-intérêts qu'on a pu prévoir lors du contrat que le créancier pourrait souffrir de l'inexécution de l'obligation; car il est censé ne s'être soumis qu'à ceux-ci. Et, en général, il est censé ne s'être soumis qu'à ceux que le créancier pourrait souffrir par rapport à la chose même qui fait l'objet de l'obligation. Néanmoins, il est tenu quelquefois des dommages extrinsèques, lorsqu'il paraît qu'ils ont été prévus par le contrat et qu'il s'en est ou expressément ou tacitement chargé [2].

Ainsi une personne m'a vendu des pièces de bois dont je me suis servi pour étayer mon bâtiment; elles étaient pourries, mon bâtiment s'est écroulé. Si le vendeur était de bonne foi et n'était pas homme du métier, il sera tenu seulement de me faire une déduction sur le prix de vente, mais non de supporter la perte du bâtiment, car *il n'est pas censé s'être chargé de ce risque.*

Mais si le vendeur était un homme du métier, un charpentier, il sera tenu envers moi des dommages-intérêts résultant de l'écroulement de mon bâtiment, *car en me vendant ces étais pour étayer mon bâtiment, et en me les vendant dans sa qualité de charpentier, il est censé s'être rendu responsable que les étais*

[1] Pothier, *Obligations*, n° 159.
[2] Pothier, *loc. cit.*, n°s 160, 161, 162.

Digitized by Google

seraient suffisants, et s'être chargé du risque de mon bâtiment, s'ils ne l'étaient pas.

Supposez maintenant que ce charpentier m'ait vendu des étais pour soutenir un certain bâtiment, et que je m'en sois servi pour soutenir un bâtiment plus considérable qui s'est écroulé; si ces étais se trouvaient suffisants pour le soutien du petit bâtiment, le charpentier ne sera pas tenu de la ruine du grand. Dans le cas contraire, il n'en sera tenu que jusqu'à concurrence de la valeur du petit, *car il n'a entendu se charger du risque des dommages-intérêts que je souffrirais que jusqu'à la valeur du petit bâtiment*[1].

C'est évidemment Dumoulin qui dicte à Pothier ces décisions et les motifs sur lesquels il les appuie, et, pour le prouver d'une manière plus précise, nous pourrions donner ici le texte de Dumoulin à côté de la traduction de Pothier, si nous ne craignions les redites.

C'est encore avec Dumoulin que, recherchant quelle serait l'étendue de la responsabilité du charpentier pour le cas où la ruine de mon petit bâtiment aurait entraîné la perte de mes meubles, Pothier décide que les dommages-intérêts se borneraient à la ruine du bâtiment; *car*, ajoute-t-il, *cet ouvrier en me vendant ces étais pour le soutien de mon bâtiment n'a entendu répondre que de la conservation du bâtiment..... et non du risque de la perte de mes meubles qu'il n'a pas pu prévoir que j'y laisserais*[2].

Ainsi donc la présomption conventionnelle indiquée par Dumoulin comme le point de départ de la loi de Justinien, laissée dans l'ombre par Domat, reprend avec Pothier sa véritable place. Elle va diriger encore Pothier, comme elle dirigeait Dumoulin lui-même, dans la taxation des dommages-intérêts.

Dumoulin l'avait mise en relief pour expliquer la disposition de la loi romaine relative aux cas certains, et diriger le juge dans l'appréciation des lois incertaines que cette loi lui abandonnait. Au temps de Pothier, la loi de Justinien n'a pas autorité de loi dans les provinces coutumières, mais le principe sur lequel elle est fondée étant un principe de raison et d'équité naturelle, on doit y conformer les décisions judiciaires. Et ce principe est celui-ci : les obligations qui naissent des contrats

[1] Pothier, *loc. cit.*, ibid.
[2] Pothier, *loc. cit.*, nos 164 et 165.

Digitized by Google

ne peuvent se former que par le consentement et la volonté des parties ; or le débiteur, en s'obligeant aux dommages-intérêts qui résulteraient de l'inexécution de son obligation, est censé n'avoir entendu ni voulu s'obliger que jusqu'à la somme à laquelle il a pu vraisemblablement prévoir que ces dommages et intérêts pourraient monter au plus haut, et non au delà.

Ces dommages et intérêts sont de deux sortes : les uns ne se rapportent qu'à la chose qui fait l'objet de l'obligation, les autres sont soufferts par le créancier *extrinsecùs* dans ses autres biens. Les premiers devront se régler sur la valeur de la chose, le débiteur n'ayant pu raisonnablement penser qu'ils se régleraient autrement. Les seconds se régleront sur le dommage réellement éprouvé, dans les limites toutefois de la somme à laquelle le débiteur a pu penser qu'ils s'élèveraient au plus haut. Et, à l'appui de sa distinction, Pothier allègue l'exemple du tonnelier que nous avons vu exposé par Dumoulin [1].

Ici donc encore voici revivre la théorie des cas certains et des cas incertains, non plus embarrassée de ses douze systèmes, mais appropriée à la pratique française par des assimilations aussi nettes que logiques ; et où Pothier est-il allé prendre ses moyens de vulgarisation, sinon dans les raisons que Dumoulin invoquait pour restituer contre la glose et les docteurs le véritable sens de la loi de Justinien ?

Jusqu'à présent, nous sommes restés avec Pothier dans l'hypothèse où le débiteur est de bonne foi. Mais si c'est le dol qui donne lieu aux dommages-intérêts, le débiteur est tenu indistinctement de tous ceux que souffre le créancier par suite de ce dol, non-seulement de ceux qu'il a soufferts par rapport à la chose qui fait l'objet du contrat, mais de tous ceux qu'il souffre par rapport à ses autres biens, sans qu'il y ait lieu de distinguer en ce cas si le débiteur doit être censé s'y être soumis. Néanmoins il ne sera tenu que des dommages éprouvés par suite de son dol ; *omne detrimentum tunc et proximè secutum, non autem damnum posteà succedens ex novo casu,* disait Dumoulin [2].

Telles sont, poursuit Pothier, les règles générales. On en suit une particulière à l'égard des obligations qui consistent à donner une certaine somme d'argent. Dans ce cas, les dommages-intérêts sont fixés aux intérêts de la somme due suivant le taux

[1] Pothier, *loc. cit.*, n° 163.
[2] Pothier, *loc. cit.*, n° 166. — Dumoulin, *loc. cit.*, n° 179.

Digitized by Google

de l'ordonnance. « Comme les différents dommages-intérêts « qui peuvent résulter du retard de l'accomplissement de cette « espèce d'obligation varient à l'infini, et qu'il est aussi diffi- « cile de les prévoir que de les justifier, il a été nécessaire de « les régler, comme par une sorte de forfait, à quelque chose de « fixe [1]. » — Dumoulin avait dit : « Idque vel sensus communis « ostendit et ipsa communis utilitas promiscui usûs exigit, præ- « sertim frequentiæ commerciorum hujusmodi fungibilium, in « quibus si ratio casualis et extrinseci interesse passim admit- « teretur, non esset finis litium falsorum prætextu et frauda- « tionum [2]. »

Enfin on se rappelle la doctrine de Dumoulin sur l'*interesse conventum*, qui échappait de sa nature à toute taxation, et que Dumoulin ramenait cependant, au nom de la raison et de l'équité, à une juste limitation. Pothier, après avoir mis en regard les principes opposés de la glose et de Dumoulin sur ce point, se range à l'opinion de ce dernier comme plus équitable, et les motifs qu'il donne de sa préférence sont encore tirés du *Tractatus de eo quod interest*. « Lorsqu'un débiteur se « soumet à une peine excessive en cas d'inexécution de l'obli- « gation primitive qu'il contracte, il y a lieu de présumer que « c'est la fausse confiance qu'il a qu'il ne manquera pas à cette « obligation primitive qui le porte à se soumettre à une peine « aussi excessive, qu'il croit ne s'engager à rien en s'y sou- « mettant, et qu'il est dans la disposition de ne pas s'y sou- « mettre, s'il croyait que le cas de cette peine pût arriver [3].... »

XIII. *Suite.* — De même que nous avons retrouvé Dumoulin dans Pothier étudiant les principes généraux de la théorie des dommages-intérêts, de même nous le retrouverons dans Pothier appliquant ces principes au contrat de vente.

Dumoulin, on ne l'a point oublié, avait nettement ramené l'action *ex empto*, soit qu'elle procédât d'un retard dans la tradition ou d'une éviction, à deux chefs : la restitution du prix et les dommages-intérêts. Domat et Caillet, venus après lui, n'en avaient pas moins confondu ce qu'il avait séparé avec tant de soin. Ici encore Pothier se range à l'avis de Dumoulin. Nous

[1] Pothier, *loc. cit.*, n° 170.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 94.
[3] Pothier, *loc. cit.*, n° 345.

Digitized by Google

l'avons vu déjà défendre cet avis contre les arguments que ses adversaires tiraient des lois romaines; il le défend encore contre les sophismes qu'ils tirent des principes généraux du droit. Le sentiment de Dumoulin, disait Caillet, est contraire au principe qui fait tomber sur l'acheteur la diminution survenue dans la chose vendue depuis la vente; car si l'acheteur a droit de répéter contre le vendeur le prix entier, la diminution ne tombe pas à sa charge. Ce principe, répondait Pothier, s'applique au cas où l'acheteur garde la chose vendue, mais non au cas où, le contrat étant résilié, l'acheteur doit reprendre le prix qu'il a donné, comme s'il ne l'eût jamais donné. Caillet répliquait que cette raison ne valait qu'à l'égard du vendeur de mauvaise foi. A quoi Pothier rétorque en développant son premier argument et en montrant que, par sa nature même, il s'adresse au vendeur de bonne foi comme au vendeur de mauvaise foi. Puis l'érigeant en principe, il en fait le point de départ de sa doctrine. Il est de la nature de tous les contrats commutatifs et synallagmatiques que l'une des parties ne contracte son engagement envers l'autre qu'à la charge que l'autre partie ne manque pas au sien. C'est pourquoi l'acheteur n'ayant contracté envers le vendeur l'engagement de lui payer le prix qu'autant qu'il ne manquerait pas au sien, et le vendeur y ayant manqué par le défaut de tradition, ou faute de défendre l'acheteur de l'éviction qu'il a soufferte, l'obligation de l'acheteur de payer le prix, de même que le droit qui en résultait pour le vendeur, se résolvent; le vendeur ne peut rien exiger, et, s'il a été payé, il ne peut rien retenir[1].

Le principe ainsi posé emporte avec lui de graves conséquences. L'action de l'acheteur évincé a quatre chefs, et la condamnation du vendeur quatre objets : le prix de vente; les fruits, lorsque l'acheteur est condamné à les restituer à celui qui l'évince; les dépens des deux demandes, lorsqu'elles sont intentées et vidées séparément, et les dommages et intérêts, lorsque l'acheteur en a souffert au delà du prix qu'il a payé.

Le prix de vente doit être remis intégralement, lors même que la chose vendue a subi, depuis le contrat, des détériorations ou une dépréciation considérables, soit par la négligence de l'acheteur, soit par cas fortuit; à moins toutefois que l'ache-

[1] Pothier, *Vente*, n° 69.

Digitized by Google

teur n'ait profité de ces dégradations, auquel cas le profit doit être déduit du prix de vente [1]. »

Les dommages-intérêts varient dans leur fixation, selon que le vendeur a été, lors du contrat, de bonne ou de mauvaise foi. — S'il a été de bonne foi, ils ne consistent ordinairement que dans ceux que l'acheteur a soufferts par rapport à la chose vendue elle-même; car dans un contrat de vente, les parties n'envisagent d'ordinaire que ce qui concerne la chose vendue, et ne peuvent pas prévoir une infinité de dommages que l'éviction peut causer d'ailleurs à l'acheteur : ainsi, les augmentations que la chose a reçues des améliorations de l'acheteur ou du temps entreront dans les dommages-intérêts, pourvu que ces augmentations n'aient pas atteint un chiffre que les parties ne pouvaient prévoir lors du contrat, selon la doctrine de Dumoulin, *de sumptu verisimiliter non præviso, sed præter opinionem superveniente, factum non debet excessivè onerare venditorem* [2]. — Si le vendeur a été de mauvaise foi, il est tenu de toutes les espèces de pertes et de dommages que l'éviction cause à l'acheteur, quoiqu'ils ne concernent pas la chose vendue; car son dol l'oblige à la réparation de tout le dommage que son dol a causé. Il est équitable, néanmoins, de borner la réparation au dommage qui est une suite prochaine et immédiate de l'éviction [3].

Les mêmes solutions se reproduisent lorsque l'éviction, au lieu de porter sur une chose entière, porte sur une partie, soit indivise, soit divise, de cette chose. Le prix doit être rendu, dans le premier cas, suivant la proportion de la partie indivise au tout; dans le second, il y a lieu à une ventilation qui doit se faire selon l'état de la chose au moment de la vente. Les dommages-intérêts sont fixés comme dans les cas ordinaires [4].

Enfin, quelques hypothèses particulières peuvent se présenter, celles de la loi *Ex mille* par exemple. Nous ne reprendrons pas avec Pothier et après Dumoulin les quatre espèces de cette loi, des redites seraient inévitables et oiseuses. Nous rappellerons seulement que sur la seconde espèce Dumoulin suit la doctrine de Papinien, en l'appuyant de motifs que nous avons

[1] Pothier, *loc. cit.*, nos 118, 119 et suiv.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, n° 57.
[3] Pothier, *loc. cit.*, nos 130, 131 et suiv.
[4] Pothier, *loc. cit.*, nos 139, 149 et suiv.

Digitized by Google

qualifiés de subtils. Nous n'avons fait qu'emprunter le langage de Pothier, qui dit de ces motifs qu'ils ont plus de subtilité que de solidité, et répudie à la fois la solution de Papinien et les raisons de Dumoulin.

Dans la première espèce, on le sait, un acheteur d'une prairie de mille arpents voit d'abord sa prairie diminuée de deux cents arpents par le fleuve voisin qui l'envahit, puis il est évincé pour un quart; Papinien, Dumoulin et Pothier décident que l'acheteur n'a recours contre le vendeur que pour un quart calculé sur l'étendue de la prairie à l'époque de la vente. — Dans la seconde espèce, celui qui évince est fondé en droit au total; Papinien et Dumoulin décident que l'acheteur a recours contre le vendeur pour le total de ce qui a été vendu, et non-seulement pour le total de ce qui a été évincé. Pothier résout, au contraire, que le recours ne peut porter que sur le total qui a été réellement évincé, et sa raison de décider est la même dans les deux cas, à savoir qu'on n'a pu évincer l'acheteur de ce qui n'existait pas [1]. Ce point est peut-être le seul sur lequel Pothier diffère de sentiment avec Dumoulin dans toute cette matière, et il faut reconnaître que Dumoulin s'est trop attaché ici aux traditions exceptionnelles du droit romain dans la *stipulatio duplæ*.

Il serait facile de poursuivre ces rapprochements et de montrer, dans les moindres solutions de la matière, l'empreinte profonde de l'influence de Dumoulin, mais le développement exagéré d'une démonstration en affaiblit d'ordinaire la valeur. Il vaut mieux conclure par ces paroles de Dumoulin, qui contiennent à la fois et une promesse qu'il a bien remplie et un présage que Pothier a réalisé : *Deindè cunctas hujus tractatûs partes singulatim dispungendo, non hujus legis solùm, sed omnium quæ ad id quod interest spectant, veram mentem et conciliationem, theoriam et praxim semel excussam et expeditam relinquemus* [2].

AUBÉPIN.

[1] Pothier, *loc. cit.*, nos 153, 154, 155 et suiv.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, princip.

Digitized by Google

LA LIBERTÉ DE LA CIRCULATION ET L'INTERVENTION ADMINISTRATIVE.

Par M. Arthur Desjardins,
docteur en droit, substitut du procureur impérial, à Toulon (Var).

L'Assemblée constituante, en proclamant la liberté de l'industrie par la loi des 2-17 mars 1791, se hâtait de tempérer le nouveau principe par une restriction. L'industrie est libre, disait la loi, mais à la charge de se conformer aux règlements de police qui peuvent limiter cette liberté. De là, dans la pratique, de sérieuses difficultés. Où finit le principe? où la restriction commence-t-elle? On conçoit qu'en pareille matière l'interprétation peut varier à l'infini. Si nos mœurs avaient donné depuis cinquante ans un éclatant démenti à la théorie de la Constituante par l'asservissement ou l'émancipation absolue de l'industrie française, ces mœurs auraient pesé sur la loi de 1791 et auraient écrasé la restriction sous le principe ou le principe sous la restriction. Mais il n'en est pas ainsi. La liberté de l'industrie subsiste; et si le gouvernement n'absorbe pas dans une initiative et une responsabilité anonymes l'initiative et la responsabilité individuelles, il s'est réservé toutefois un droit très-étendu d'intervention protectrice; c'est ce qu'attestent nos primes à l'importation ou à l'exportation, nos prohibitions, nos tarifs. Mais par cela même que la puissance publique n'a pas systématiquement abdiqué ou généralisé son action sur les intérêts économiques de la société, la saine application de la loi des 2-17 mars 1791 n'en rencontre que plus d'obstacles.

Parmi les questions de cette nature, une des plus délicates et des plus débattues dans ces derniers temps, c'est la liberté de la circulation sur nos voies continentales et maritimes. Nous n'hésitons pas à dire que l'intervention protectrice de l'État en pareille matière se justifie par les raisons les plus hautes : il appartient ici au pouvoir administratif de demander à l'intérêt individuel des sacrifices dans l'intérêt commun. Cependant les exigences administratives doivent se concilier avec la liberté de l'industrie, consacrée par la loi de 1791. De là les débats juridiques qu'a soulevés cette question de la libre circulation jusque devant la Cour suprême.

Première espèce. Le maire de Marseille avait, le 16 avril 1855,

Digitized by Google

pris un arrêté *pour le règlement des voitures chargées du transport en commun des personnes :* il avait confié ce service à une compagnie, et défendu par ce même arrêté « à tous autres « entrepreneurs de voitures chargées du transport en commun « de s'arrêter sur quelque partie que ce fût de la voie publique « pour prendre ou décharger des voyageurs. » Les sieurs Coulomb et Frangier avaient pris ou déchargé des voyageurs, « sinon « dans la ville de Marseille, au moins sur son territoire, » contrairement aux prescriptions de l'arrêté municipal. La Cour de cassation, cette fois (15 février 1856), rejeta le pourvoi formé par le ministère public contre deux jugements du tribunal de simple police de Marseille, rendus en faveur des contrevenants. La Cour, pour rejeter le pourvoi, s'appuyait sur les articles 3, § 1er, titre XI, de la loi des 16-24 août 1790, 14 et 34 du décret organique du 10 août 1852 : elle estimait qu'aux termes du décret et de la loi, le pouvoir des maires se restreignait aux voies publiques purement communales, sauf en ce qui concernait *la traversée des villes, bourgs et villages*, et que les prévenus étaient en dehors de l'exception. La Cour, dans le silence des textes, croyait devoir assurer la liberté de la circulation contre l'intervention du pouvoir administratif.

Deuxième espèce. La Cour suprême avait consacré l'incompétence de l'autorité municipale pour réglementer le service des voitures publiques dites *omnibus* sur les routes impériales, départementales ou de grande communication. Le préfet des Bouches-du-Rhône intervint, et par un arrêté du 20 février 1856, crut pouvoir accomplir ce qu'avait tenté le maire de Marseille. Mais cette prétention n'était pas mieux fondée. En effet, où le chef de l'État a prononcé lui-même, le pouvoir réglementaire des préfets expire, à moins que le règlement d'administration publique ne leur réserve expressément le droit d'étendre ou de modifier ses prescriptions. Or la loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage avait été suivie, le 10 août 1852, d'un règlement d'administration publique : le décret ne contenait pas cette prohibition et ne réservait pas aux préfets le droit de l'ordonner. Il laissait bien aux maires un droit analogue dont nous examinerons la portée tout à l'heure, mais il ne le conférait qu'aux maires. Toutes les attributions des préfets étaient désignées aux articles 5, 7, 8, 11, 15, 18, 20, 27 du décret, et la délégation n'allait pas plus loin. La Cour de cassation, par

Digitized by Google

un arrêt du 28 juillet 1856, se prononça de la façon la plus nette pour la liberté de la circulation contre l'intervention adminstrative.

Troisième espèce. Mais enfin la loi d'août 1790 confiait aux corps municipaux « tout ce qui intéresse la sûreté et la com-« modité du passage dans les rues, quais, places et voies pu-« bliques : » le décret de 1852, dans ses articles 14, § 4, et 34, § 2, réservait aux maires le droit qu'il refusait aux préfets. Nous sommes sur une voie purement communale. Le maire va-t-il pouvoir conférer à une seule compagnie le droit exclusif de desservir avec ses voitures la voie communale? La concurrence pourra-t-elle être atteinte et punie par l'article 471, § 15, du Code pénal? On raisonnait ainsi dans l'intérêt des contrevenants : Ou le principe de la liberté du commerce, posé par la loi de mars 1791, n'est plus qu'un vain mot, ou l'arrêté du maire de Marseille est entaché de nullité. Qu'il prenne des mesures dans l'intérêt de la sûreté des citoyens et de la commodité publique, rien de mieux : mais il n'y a rien de commun entre la sûreté publique et la constitution d'un monopole. On conçoit que le législateur impose un sacrifice au petit nombre dans l'intérêt général; mais créer un semblable privilége, n'est-ce pas établir un impôt sur une ville entière au profit d'un individu ou d'une compagnie? Le principe de la libre circulation ne doit céder que devant l'évidence d'un péril ou d'un dommage public; ni le dommage ni le danger n'existent : la loi de 1791 est donc violée. La Cour de cassation répondait avec raison, selon nous, et le 31 mai 1856 et le 28 juin 1856, et le 24 février 1858, cette fois chambres réunies : Nous n'avons pas à nous prononcer sur la constitution du monopole; nous n'avons pas à juger les idées économiques du maire de Marseille. La loi de 1790, en confiant aux corps municipaux « tout ce qui inté-« resse la commodité du passage dans les rues, etc., » vient précisément restreindre le principe de la liberté du commerce : c'est une des restrictions que sanctionne la loi de 1791. Nous interprétons ces exceptions *stricto sensu :* c'est ainsi que malgré la généralité de ces termes « voie publique, » employés par la loi de 1790, nous n'avons laissé que la voie communale ou son prolongement à l'autorité municipale. Mais aujourd'hui comment se présente à nous l'arrêté du maire de Marseille? « Il est « défendu à tous entrepreneurs de voitures chargées du trans-

Digitized by Google

« port en commun, autres que les entrepreneurs des voitures « dites *omnibus*, de s'arrêter sur quelque partie que ce soit de « la voie publique pour prendre ou décharger des voyageurs. » Le maire estime qu'il est contraire à la sûreté ou à la commodité publique de laisser ce droit aux entrepreneurs de voitures chargées du transport en commun : son appréciation peut se concevoir; elle est peut-être erronée, mais les tribunaux n'ont pas à la rectifier. Prétend-on que l'arrêté gêne l'exercice d'une industrie sans nécessité suffisante ou même sans utilité? Qu'on s'adresse par la voie gracieuse ou contentieuse, suivant les cas, à l'autorité administrative qui peut réformer la décision du maire. Ainsi raisonne la Cour de cassation, et si l'on examine les trois espèces qu'on lui a successivement déférées, on verra qu'elle n'a pas sacrifié systématiquement la liberté de l'industrie aux empiétements du pouvoir administratif.

Quatrième espèce. Il n'est pas sans intérêt de rapprocher de ces débats concernant la liberté de la circulation sur nos voies continentales d'autres débats moins éclatants, mais où sont engagés les mêmes principes.

Les lois des 16-24 août 1790, du 6 frimaire an VII et du 29 floréal an X donnaient à l'autorité administrative le droit de faire des règlements pour la sûreté des personnes voyageant sur les bateaux à vapeur, soit pendant leur séjour sur ces bateaux, soit à leur sortie, soit à leur entrée, partant le droit de prescrire toutes les précautions convenables pour le débarquement ou l'abordage. Le préfet de l'Ardèche, par un arrêté du 27 mai 1840, crut pouvoir prescrire aux bateaux à vapeur *servant au transport des voyageurs sur le Rhône* d'aborder, pour embarquer et débarquer les voyageurs, à Tournon, au village du Pouzin et au bourg Saint-Andiol. Le bateau à vapeur *le Papin*, n° 3, refusa de s'arrêter à Tournon, et fut condamné à l'amende par le tribunal de simple police de cette ville. La Cour suprême annula ce jugement « comme destructif de la liberté du commerce et de « l'industrie, proclamée par la loi des 2-17 mars 1791. » En effet, dans le silence des textes, ce principe reprend son empire. D'une part, le refus de stationner conformément à l'arrêté du préfet n'était prévu et puni par aucun texte; d'autre part, il est absolument évident que le refus de stationner ne peut pas compromettre la sûreté des voyageurs. Qu'on ne réponde pas : C'est une question de fait que l'administration peut seule apprécier.

Digitized by Google

Cette fois, le pouvoir administratif ne peut pas même donner un semblable prétexte; il faut nécessairement une autre base à l'arrêté préfectoral. « La loi des 2-17 mars 1791, disait à ce « propos la Cour suprême (arrêt du 26 février 1841)[1], a pour « premier effet la libre appréciation par les entrepreneurs des « transports de la longueur de leur parcours et des stations qui « conviennent à leurs intérêts. » Cette proposition nous paraît exacte dans toutes ses parties, mais seulement avant l'ordonnance du 17 janvier 1846, qui vint apporter de nouvelles restrictions au principe de la liberté de l'industrie posé par la loi de 1791, et spécialement à la liberté de la circulation sur nos voies maritimes.

Cinquième espèce. Cette ordonnance, comme l'indique son titre, est relative aux bateaux à vapeur qui naviguent sur mer. Nul bateau à vapeur ne peut naviguer sur mer sans un permis délivré par le préfet. Dans sa demande de permis, le propriétaire doit faire connaître le *service* auquel le bateau est destiné. Avant la délivrance du permis, une commission de surveillance visite le bateau et *propose les conditions* auxquelles le permis peut être donné, ou conclut soit à l'ajournement, soit au rejet de la demande. Le permis doit contenir huit énonciations distinctes, énumérées en l'article 10 de l'ordonnance, entre autres (§ 3) le *service* auquel le bateau est destiné. Mais l'article 10 ajoute : « Le préfet prescrira en outre dans le permis toutes les « mesures d'ordre et de police locale nécessaires. » Cette phrase un peu vague confère, il faut en convenir, un très-grand pouvoir aux préfets, et fait, en cette matière, prédominer l'exception posée par la loi de mars 1791, sur le principe même de la loi.

Le préfet du Var, par deux arrêtés en date du 24 juillet et du 17 octobre 1857, réglementa, entre les deux compagnies la Seyne et la Toulonnaise, les heures de départ et d'arrivée des bateaux à vapeur employés par ces deux compagnies au service des transports entre la Seyne et Toulon. Vainement on contesta devant le tribunal de simple police de Toulon et devant la Cour de cassation la légalité de l'arrêté préfectoral. En effet, l'article 53 de l'ordonnance enjoignait précisément aux préfets de prescrire les « dispositions nécessaires pour éviter les accidents « auxquels le stationnement, le départ et l'arrivée des bateaux

[1] V. un second arrêt, non moins explicite, du 30 juin 1842.

Digitized by Google

« à vapeur pourraient donner lieu, » et l'appréciation de cette nécessité revenait manifestement aux préfets (cass., 6 mars 1858). « D'ailleurs, disait la Cour de cassation quand la ques- « tion lui fut une seconde fois déférée le 20 novembre 1858, l'o- « bligation de partir à des heures déterminées rentre dans les « mesures de police autorisées par l'ordonnance; en effet, si « l'administration d'un bateau à vapeur pouvait, suivant ses « intérêts, supprimer un ou plusieurs voyages, il pourrait en « résulter, de la part des passagers amenés sur les lieux par « les annonces publiées des heures de départ réglementées par « l'administration, des rassemblements, réclamations, et même « des troubles à la tranquillité publique. »

Sixième espèce. La loi pénale du 21 juillet 1856 est venue compléter le système organisé par l'ordonnance royale; elle a soustrait aux tribunaux de simple police la répression de la plupart des contraventions relatives aux règlements sur les bateaux à vapeur, et par là sanctionné plus énergiquement les dispositions de l'ordonnance. L'article 16 de la loi punit d'une amende de 50 à 1500 francs le capitaine d'un bateau à vapeur qui a violé les prescriptions administratives relatives aux embarquements et débarquements; l'article 8 punit d'une amende de 100 à 2,000 francs « tout propriétaire ou chef d'entreprise qui « a fait naviguer un bateau à vapeur sans un permis de naviga- « tion délivré par l'autorité administrative, conformément aux « règlements d'administration publique. » Un vif débat s'est élevé dans le tribunal correctionnel de Toulon, le 3 décembre 1859, sur l'application de ces dispositions législatives.

Un sieur Bernard ayant adressé une demande au préfet du Var pour être autorisé à faire naviguer le bateau à vapeur *l'Union* de Toulon à la Seyne, la mise en navigation fut autorisée par un arrêté du 18 octobre 1856. L'article 1, § 2, de l'arrêté préfectoral était ainsi conçu : « Le bateau à vapeur *l'Union* est « destiné à transporter des passagers et des marchandises de « la Seyne à Toulon. » Nonobstant cette disposition, *l'Union* crut pouvoir modifier les conditions de son service et faire un plus long trajet, celui de Toulon à Saint-Mandrier. L'administration signala le sieur Bernard au ministère public comme ayant enfreint les prescriptions relatives aux embarquements et débarquements. L'organe de la défense soutint que, pour imputer au sieur Bernard la violation d'un règlement sur les embarque-

Digitized by Google

ments et débarquements, il fallait produire ce règlement. Or nul arrêté n'avait expressément interdit à *l'Union* le trajet de Toulon à Saint-Mandrier. On ne pouvait pas démontrer la violation d'une dispositon prohibitive. Cette disposition prohibitive eût-elle existé, l'arrêté préfectoral était entaché de nullité, car Bernard était protégé par la loi de 1791 ; et, pour emprunter les expressions de la Cour suprême (arrêt du 26 février 1841), Bernard étant entrepreneur de transports « avait la libre appré« ciation de la longueur du parcours. » Que si l'on imputait à *l'Union* d'avoir enfreint l'article 8 de la loi de 1856, cet article ne punissait que la navigation sans permis, et Bernard avait son permis depuis plus de trois ans. L'organe du ministère public transporta précisement la prévention sur ce terrain. L'article 8 était ainsi conçu : « Est puni d'une amende de 100 à « 2,000 francs tout propriétaire ou chef d'entreprise qui a fait « naviguer un bateau à vapeur sans un permis de navigation « délivré par l'autorité administrative, conformément aux rè« glements d'administration publique. » Si la loi demandait expressément un permis conforme aux règlements d'administration publique, c'est qu'un permis, en dehors de ces conditions, perdait toute sa force. Or l'ordonnance de 1846 prescrivait aux préfets d'énoncer dans leur arrêté le service des bateaux à vapeur. Cette énonciation faisait partie intégrante du permis, et le bateau qui modifiait les conditions essentielles de ce permis se plaçait lui-même hors la loi. Le permis qui n'était plus conforme à un arrêté préfectoral régulier n'était plus conforme aux règlements d'administration publique, et la loi du 21 juillet 1856 était violée. Ainsi l'a jugé le tribunal de Toulon (10 décembre 1859).

Que faut-il conclure de ces décisions diverses? C'est que le principe de liberté posé par la loi de mars 1791 n'est pas une maxime de droit constitutionnel supérieure au reste de nos lois, mais une simple règle législative qui s'efface devant une règle législative postérieure. C'est un point que la Constituante elle-même avait voulu déterminer d'avance, en assujettissant le principe aux restrictions dont nos lois de police ou nos règlements d'administration publique pourraient l'entourer. L'organisation judiciaire de la France ne permet pas à nos tribunaux de préférer à la loi spéciale ou à l'arrêté qu'elle autorise une loi générale qu'ils placeraient dans une sphère plus haute. Cela

Digitized by Google

ressemblerait fort à un refus d'enregistrement, et les parlements n'existent plus. Mais nos tribunaux ne sont pas enchaînés par un arrêté municipal ou préfectoral; ils doivent, en pareille matière, remonter à la source des restrictions administratives et en contrôler sévèrement la légalité. La jurisprudence nous semble avoir bien compris ce double rôle dans les espèces que nous avons successivement examinées.

ARTHUR DESJARDINS.

BIBLIOGRAPHIE.

QUELQUES OBSERVATIONS SUR LES COLONIES PÉNITENTIAIRES DE JEUNES DÉTENUS, à l'occasion d'un écrit de M. le docteur Constantin GAUDON, intitulé : *Aperçu sur les colonies agricoles pénitentiaires*,

Par M. Charles LUCAS, de l'Institut.

M. le docteur Constantin Gaudon, membre du conseil d'arrondissement du Blanc, a publié une brochure ayant le titre d'*Aperçu sur les colonies agricoles pénitentiaires*. Me proposant de traiter assez prochainement, et avec des développements assez étendus, la question de la colonisation agricole pénitentiaire, je ne voudrais pas venir ici, incidemment, présenter un exposé incomplet et prématuré de mes observations et de mes idées sur cet important sujet. Je me bornerai donc à faire connaître l'écrit de M. le docteur Gaudon par une analyse dans laquelle je m'efforcerai de résumer les vues principales de l'auteur.

M. le docteur Gaudon aurait dû compléter et caractériser nettement la pensée dont il s'est inspiré en intitulant son écrit : *Aperçu critique sur les colonies agricoles pénitentiaires*, car sa brochure est presque entièrement consacrée à la critique de ces institutions, et c'est à ce titre que j'ai accueilli l'écrit de M. le docteur Gaudon comme un service rendu à ces établissements.

Rien n'est plus funeste à une institution que l'esprit d'engouement qui exagère les espérances qu'on doit en attendre et les résultats déjà obtenus. Si la brochure de M. Gaudon pèche singulièrement par l'exagération contraire, elle a du moins le

Digitized by Google

mérite de provoquer le contrôle sur des résultats trop préconisés et souvent trop peu justifiés, dans certains comptes rendus qui ne sauraient ainsi procurer aux colonies pénitentiaires qu'une popularité éphémère. La bonne et durable renommée de pareilles institutions ne s'établira pas par des assertions louangeuses, mais par des résultats positifs, qui, pouvant appeler et soutenir les lumières de la discussion, n'ont rien à craindre des exagérations de la critique.

M. Gaudon est un adversaire très-prononcé de la colonisation agricole pénitentiaire, non-seulement *en fait*, mais en principe. Avant d'essayer de prouver que les jeunes délinquants ne sortent pas corrigés des colonies pénitentiaires, il entreprend d'abord de démontrer qu'ils y entrent *incorrigibles*.

« L'idée, dit-il page 5, de moraliser des enfants égarés, si « jeunes encore, dans les sentiers du déshonneur, trouvera tou- « jours de l'écho dans les cœurs généreux. Et pourtant il y a « quelque chose de pénible et de désespérant à dire relative- « ment à la moralisation, c'est que les enfants qui peuplent les « maisons pénitentiaires *en sont peu susceptibles*..... Une nature « ingrate, rebelle à tout amendement, désespérante d'opiniâ- « treté, incapable de faire un pas dans le bien, est celle de tous « ou presque tous ces malheureux enfants. »

Ce pessimisme de M. Gaudon est tellement exagéré qu'il ne saurait entraîner aucun préjudice sérieux pour l'institution de la colonisation agricole pénitentiaire ; mais il n'en est pas ainsi de l'exagération opposée d'un optimisme plus répandu et plus accrédité, qui tend à effacer la ligne de démarcation que l'ordre moral et l'ordre légal prescrivent de maintenir et respecter entre le jeune délinquant et l'enfant orphelin ou abandonné. Malgré le témoignage des statistiques criminelles qui indiquent dans quelle proportion ils ont été jugés pour vols simples ou qualifiés, escroqueries, attentats à la pudeur, voire même pour meurtre, incendie, etc., on a tellement atténué les instincts vicieux de ces jeunes délinquants, et tellement exalté les merveilles de leur régénération, que l'on voit de toutes parts des propriétaires et cultivateurs s'imaginer qu'ils pourraient prendre ces jeunes délinquants comme d'inoffensifs orphelins, pour les besoins de leur exploitation rurale, convaincus que la nature vicieuse de ces jeunes malfaiteurs se corrigera d'elle-même et comme par enchantement, sans recourir à l'action énergique

Digitized by Google

et persévérante d'une discipline pénitentiaire, organisée dans les conditions spéciales de son efficacité.

A Mettray et ailleurs, le gouvernement a favorisé, comme une excellente transition entre la discipline de la colonie et le retour à la vie libre, l'organisation de quelques fermes dépendantes de la colonie pénitentiaire, sur lesquelles on place des colons choisis et déjà *éprouvés*, soumis d'ailleurs pour la moindre faute à la réintégration dans l'établissement central et pénitentiaire dont ils ont été détachés. En voyant fonctionner ces établissements annexes, on s'est imaginé qu'il suffisait d'appliquer sur la première ferme venue de jeunes délinquants aux travaux de la bêche et de la charrue pour en opérer l'amendement; qu'ainsi il n'y avait plus de différence à établir entre un orphelinat et un établissement répressif et pénitentiaire. Je ne connais pas de plus dangereuse méprise, et qui, si l'on cédait à ses funestes tendances, dût plus promptement et plus infailliblement aboutir à la ruine de la colonisation pénitentiaire.

M. Gaudon dit avec raison: « Pour moraliser un être perverti, « il faut combattre et vaincre chez lui des habitudes vicieuses, « émanées d'abord de ses besoins instinctifs, puis d'une mau- « vaise éducation, de criminelles suggestions, de pernicieux « exemples. Il faut donc avant tout lutter contre ses propres « instincts, dont la voix impérieuse se fait toujours entendre; « il faut changer la nature de ses impressions..... Une œuvre « de ce genre n'est rien moins que la refonte complète de l'in- « dividu, si je puis me servir de cette expression. »

Ces paroles sont sages et vraies, et si elles ne s'adressaient qu'aux propriétaires et cultivateurs qui prétendent élever de jeunes délinquants dans leurs exploitations agricoles comme on y éleverait de simples orphelins, M. Gaudon aurait cent fois raison de condamner leur entreprise comme téméraire et impossible. L'œuvre si difficile de la régénération du jeune délinquant ne devient possible qu'à plusieurs conditions, et principalement aux deux suivantes: c'est, d'abord, qu'on y affecte des établissements spéciaux pourvus de tous les moyens propres à redresser les mauvais instincts d'une nature vicieuse, de même qu'on ne réussit à corriger les difformités de notre nature physique qu'à l'aide de procédés en usage dans les établissements orthopédiques; c'est, ensuite, qu'on laisse au traitement péni-

Digitized by Google

tentiaire aussi bien qu'au traitement orthopédique le temps nécessaire à son efficacité. Les guérisons pénitentiaires ne s'improvisent pas ; elles ne s'obtiennent que par l'action patiente et prolongée du temps.

L'administration a parfaitement saisi à cet égard l'esprit et le sens de l'article 66 du Code pénal, en vertu duquel les jeunes délinquants, jugés et *acquittés* comme ayant agi sans discernement, lui sont renvoyés pour être *élevés* et *détenus*. « A l'égard de ces jeunes acquittés, dit la circulaire ministé-« rielle du 5 juillet 1855, que mon administration est chargée « de détenir et d'élever, on ne saurait attribuer au mot *détenu* « aucune signification empruntée aux principes qui régissent « les condamnations et les peines. Ce mot *détenu* n'exprime « qu'un pouvoir coërcitif, attaché à la tutelle administrative, et « nécessaire à son exercice. Le droit de détenir est corrélatif du « devoir d'*élever*. »

Et en définissant judicieusement le régime des colonies agricoles de jeunes détenus, une *éducation pénitentiaire en cours d'exécution*, l'administration fait ressortir la nécessité de séjours suffisamment prolongés. « Une discipline, dit la circu-« laire précitée, qui doit déraciner de mauvaises habitudes et « en donner de bonnes, ne saurait exercer une influence sé-« rieuse sans le secours du temps. » Puis la circulaire ajoute : « Les tribunaux tendent assez généralement à mettre les jeunes « détenus acquittés à la disposition de l'administration jusqu'à « leur vingtième année. Cette tendance est inspirée par une « saine et intelligente appréciation de l'intérêt de l'enfant et « de l'obligation imposée à l'administration de l'élever et de le « réformer. Les magistrats apprécient judicieusement que, dans « les cas d'acquittement, ils n'ont point à se préoccuper d'une « peine à subir et dont la durée devait être proportionnée au « caractère du délit; mais d'une éducation pénitentiaire qui « doit conduire l'enfant jusqu'à l'époque où il peut entrer dans « la vie commune, prémuni contre de nouveaux dangers par « les principes qu'il a reçus et les moyens d'existence honnête « dont on l'a pourvu. »

En arrivant à l'examen des faits et des résultats, M. Gaudon rejette avec raison les assertions de plusieurs comptes rendus par des fondateurs ou directeurs de colonies pénitentiaires, comme ne pouvant servir à une appréciation sérieuse et scien-

Digitized by Google

tifique. Mais il n'en est pas ainsi des comptes rendus de l'administration de la justice criminelle en France : leur témoignage est partout invoqué et accepté en Europe, comme méritant la confiance des savants et de l'homme d'Etat. M. Gaudon n'écarte pas ce témoignage : il cite même textuellement qu'en 1854, le nombre des récidivistes n'a été que de 369 sur 5,469 jeunes libérés de nos établissements pénitentiaires, tandis qu'à l'époque antérieure à l'existence de ces établissements, il atteignait une si effrayante proportion. Comment donc de pareils résultats, qui ont inspiré une si grande estime aux publicistes de l'Europe pour l'organisation de nos colonies agricoles pénitentiaires de jeunes délinquants, et qui placent incontestablement sous ce rapport notre pays à la tête du mouvement de la réforme pénitentiaire, n'ont-ils pu satisfaire M. le docteur Gaudon ? Comment n'ont-ils pu modifier par l'authenticité des faits, l'exagération de ses opinions théoriques sur l'*incorrigibilité* des jeunes délinquants ? Cela provient de la manière dont M. Gaudon entend le problème de la régénération des jeunes délinquants. Dans tous les pays civilisés, la réforme pénitentiaire s'est naturellement placée au point de vue de la législation pénale : elle n'est saisie du jeune délinquant qu'autant qu'il ait commis une des atteintes à la sûreté des personnes ou des propriétés prévues par le Code pénal. Sa mission légale est de corriger le jeune délinquant de façon qu'il ne nuise plus désormais à la sécurité sociale. Jamais la réforme pénitentiaire n'a été autrement comprise, et son efficacité a été ainsi toujours jugée et appréciée d'après la diminution qu'elle obtient dans le mouvement des récidives. Mais M. le docteur Gaudon s'est fait une autre définition de la mission obligatoire de la réforme pénitentiaire. Il ne suffit pas à ses yeux que le jeune libéré soit irréprochable, il faut qu'il soit réellement et foncièrement *vertueux*. « Les irréprochabilités, dit-il, ne sont pas toujours la preuve « d'une moralisation réelle. » Du moment où M. Gaudon demande aux colonies pénitentiaires de transformer les jeunes délinquants en petits saints prédestinés aux joies du paradis ou en candidats admissibles aux prix de vertu fondés par M. de Montyon, il est évident qu'il a raison de trouver que les colonies pénitentiaires n'ont pas résolu et ne pourront même jamais résoudre un pareil problème !

M. Gaudon a encore une autre exigence. Dans tous les pays

Digitized by Google

de l'Europe où la réforme pénitentiaire a pénétré, il est de règle que la recherche des récidives embrasse la période triennale qui suit la libération. On a reconnu avec raison que l'époque la plus critique pour le libéré se rencontrait au moment de son retour à la société, et qu'une fois qu'il en avait surmonté les difficultés pendant trois années consécutives, on pouvait le regarder comme rentré dans la bonne voie. Mais M. le docteur Gaudon rejette cette conclusion, et voudrait la constatation de dix années au moins de bonne conduite avant de croire à l'amélioration du jeune libéré. On voit donc que la sévérité des jugements de M. le docteur Gaudon, sur les résultats des colonies pénitentiaires, tient à un programme qui lui est particulier et à des exigences qui lui sont personnelles.

M. le docteur Gaudon a aussi parlé dans sa brochure de la question financière, mais il n'avait évidemment pas les éléments suffisants d'appréciation.

Sous ce rapport comme sous tous les autres, les colonies pénitentiaires présentent une situation avantageuse au gouvernement. D'après la statistique des prisons publiées par le ministère de l'intérieur, le prix de journée pour 1856 a été dans les

maisons centrales.	0 fr.	63 c.	74 m.
Dans les prisons départementales. . .	0	90	16
Dans les établissements pénitentiaires de jeunes détenus	0	68	32

Les établissements pénitentiaires de jeunes détenus ont donc beaucoup moins coûté à l'État que les prisons départementales.

Et quant aux maisons centrales, n'y a-t-il pas deux motifs qui doivent équitablement écarter toute comparaison? Peut-on comparer le travail des adultes dans les maisons centrales au travail d'enfants qui ont un âge moyen de douze à treize ans? Peut-on d'ailleurs comparer le travail industriel et manufacturier de la maison centrale, dont le mouvement est régulier pendant toute l'année, aux travaux des champs interrompus par les intempéries et surchargés de chômages? Et pourtant la dépense nette pour l'État de 63 centimes 74 millièmes dans les maisons centrales ne comprend pas le loyer des bâtiments ou l'intérêt des capitaux engagés dans leur construction. Avec cette addition, la dépense de la journée dans les maisons centrales égalerait au moins celle des établissements pénitentiaires, quoique ces deux sortes d'établissements ne soient pas

Digitized by Google

dans des conditions identiques qui permettent une sérieuse comparaison.

M. Gaudon a parfaitement raison de désapprouver tout recours à la bienfaisance publique ou privée de la part des colonies pénitentiaires qui reçoivent de l'État un prix de journée, de nourriture et entretien pour les jeunes délinquants. On aurait dû interdire à ces établissements cette source de revenu qui doit être réservée aux orphelinats et asiles agricoles d'enfants trouvés et abandonnés. Ces orphelinats, qui ne sont qu'accidentellement et insuffisamment subventionnés par l'État, ne sauraient exister que par les dons supplémentaires de la bienfaisance : c'est à la charité à venir en aide aux institutions qui sont nées de ses inspirations et ne peuvent se maintenir que par son assistance. La charité fait fausse route lorsqu'elle détourne ses libéralités des asiles d'orphelins au profit des colonies pénitentiaires.

Quant au nombre des colonies pénitentiaires et surtout à leur répartition sur les diverses parties de la France, on ne saurait nier que le nombre actuel ne suffise amplement aux besoins de la situation, et il faut reconnaître avec M. Gaudon, qu'il n'y a plus lieu d'autoriser de nouvelles fondations. On ne saurait non plus méconnaître ce qu'il y a de fondé à certains égards dans les critiques adressées au mode de leur répartition. On doit éviter la coexistence de plusieurs établissements de ce genre dans une région trop rapprochée, d'abord dans l'intérêt des transfèrements, puis ensuite dans l'intérêt des libérations. On complique les difficultés pour ces établissements trop rapprochés dont les libérés se rencontrent et se croisent au moment de la sortie. Nulle part en France on est aussi frappé de ces inconvénients que dans les deux départements de l'Indre et du Cher, où l'on a accumulé trois colonies agricoles pénitentiaires.

Au résumé, malgré de trop nombreuses exagérations, la publication de M. Gaudon n'est pas sans mérite et ne sera pas sans utilité.

CHARLES LUCAS.

Digitized by Google

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie de législation de Toulouse. — Distribution des médailles... 95
Action résolutoire du vendeur. V. Droit civil.
Attributions du jury. V. Droit criminel.
Bibliographie. — Commentaire-traité théorique et pratique des priviléges et des hypothèques, par M. Paul Pont. . . . 69
— Introduction à l'histoire des sources du droit français, par M. A. Bertauld. 92, 461
— Explication sommaire du livre 1er du Code Napoléon et des lois accessoires, par M. Valette. 177
— Théorie et pratique des obligations, par M. Larombière. 186
— Revue critique trimestrielle de législation et de jurisprudence de Munich. 258
— Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique, par MM. de Peyronny et Delamarre. 280
— Les Codes annotés des circulaires, par M. Addenet.. 284
— De l'influence des anciennes institutions féodales, par M. Burdet. 286
— De la rédaction et de la codification rationnelles des lois, par M. G. Rousset. 378
— Traités divers, de M. Lesenne. 383
— Essai sur l'histoire du droit français, par M. Laferrière. 461
— Aperçu sur les colonies agricoles pénitentiaires, par M. C. Gaudon. 565
Centralisation romaine. V. Histoire du droit.
Chemins. V. Droit administratif.
Circulaires. V. Bibliographie.
Codification des lois. V. Bibliographie.
Compétence. V. Droit administratif.
Condamnés insolvables. V. Droit criminel.
Contrainte par corps. V. Droit criminel.
De la science du droit criminel en Italie. 216
De l'étude du droit civil et administratif en Savoie et à Nice. 473
Dommages-intérêts. V. Histoire du droit.
Donations avec terme. V. Droit civil.
Donations entre époux. V. Droit civil.
Donations successives. V. Droit civil.
Droit administratif. — Chemins. — Préfet. — Compétence. 445
Droit civil. — La présomption légale d'interposition de personne, prononcée par l'article 911 du Code Napoléon, contre l'épouse du médecin, cesse dans les cas où cette épouse se trouve parente du malade à l'un des degrés indiqués par l'article 909, ou lorsqu'elle est au nombre de

Digitized by Google

Pages.

ses héritiers présomptifs, même à un degré plus éloigné que ceux dont parle cet article. 1
Droit civil. — Donation entre époux de l'universalité de l'usufruit, et de certains objets déterminés en toute propriété. — Manière d'opérer la réduction, en cas d'existence d'enfants, au décès du donateur. 97
— Donations successives. — Insuffisance de la succession du donateur. — Préférence. — Hypothèque. . . . 193
— Lettres de voiture. — Timbre. — Feuilles d'expédition. 200
— De la responsabilité encourue par le créancier qui refuse sans motif de consentir à un ordre amiable. 246
— Testament olographe ; légataire universel ; héritier non réservataire ; preuve à faire. 254
— Du privilége et de l'action résolutoire du vendeur, en cas de faillite de l'acquéreur, et en cas de décès suivi d'acceptation bénéficiaire de sa succession. . . . 289, 385
— Des donations avec terme. 413
Droit criminel. — Du jury et du caractère général de ses attributions. 49
— D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale. 164
— De la contrainte par corps en matière criminelle contre les condamnés insolvables. 335
Droit musulman. V. Histoire du droit.
Enfants trouvés et abandonnés. V. Législation.
Enregistrement. — Examen critique des articles de la loi du 11 juin 1859, relatifs à l'enregistrement des marchés commerciaux. 356
— Examen doctrinal de la législation et de la jurisprudence en matière d'enregistrement. 481
Expropriation pour cause d'utilité publique. V. Bibliographie.
Faillite de l'acheteur. V. Droit civil.
Feuilles d'expédition. V. Droit civil.
Héritier non réservataire. V. Droit civil.
Héritier présomptif. V. Droit civil.
Histoire des sources du droit français. V. Bibliographie.
Histoire du droit français. V. Bibliographie.
Histoire du droit. — Fragment d'étude du droit administratif sous l'empire romain du IVe au VIe siècle. 13
— De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français ; des dommages-intérêts. 27, 533
— Le droit musulman exposé d'après les sources. . . 107
— Les successeurs de Grotius. 312
— Esquisse du droit criminel des Romains. 368, 400, 519
Hypothèque. V. Droit civil.
Incapacité. V. Droit civil.
Insuffisance de la succession du donateur. V. Droit civil.
Interposition de personnes. V. Droit civil.
Jury. V. Droit criminel.
La liberté de la circulation et l'intervention administrative. 558
Légataire universel. V. Droit civil.
Législation. — Des enfants trouvés et abandonnés. 153
— Étude sur les priviléges et les hypothèques. 493
Lettre de voiture. V. Droit civil.
Marchés commerciaux. V. Enregistrement.

Digitized by Google

Pages.
Médecin. V. Droit civil.
Ordre amiable. V. Droit civil.
Préfet. V. Droit administratif.
Préfet du prétoire. V. Histoire du droit.
Présomption légale. V. Droit civil.
Privilége. V. Droit civil.
Priviléges et hypothèques. V. Bibliographie.
— V. Législation.
Rédaction des lois. V. Bibliographie.
Réduction. V. Droit civil.
Responsabilité. V. Droit civil.
Succession bénéficiaire. V. Droit civil.
Successeurs de Grotius. V. Histoire du droit.
Tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale. V. Droit criminel.
Testament olographe. V. Droit civil.
Théorie et pratique des obligations. V. Bibliographie.
Timbre. V. Droit civil.

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

AUBÉPIN : De l'influence de Dumoulin sur certains points du droit civil français; des dommages-intérêts. 27
— Suite. 533
TH. BAZOT : Du jury et du caractère général de ses attributions. 49
BERGSON : Bibliographie. — Explication sommaire du livre Ier du Code Napoléon et des lois accessoires, par M. Valette. 177
— Bibliographie. — Revue critique trimestrielle de législation et de jurisprudence. 258
G. BRESSOLLES : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 1
A. BONNET : Des donations avec terme. 413
L. BONNEVILLE : Bibliographie. — De la rédaction et de la codification rationnelles des lois. par M. G. Rousset. 378
A. CARETTE : Bibliographie. — Commentaire-traité théorique et pratique des priviléges et des hypothèques, par M. Paul Pont. . 69
CASSEMICHE : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . 97
COIN-DELISLE : Bibliographie. — Introduction à l'histoire des sources du droit français, par M. A Bertauld; Essai sur l'histoire du droit français, par M. Laferrière. 461
J. COURTOIS : De la responsabilité encourue par le créancier qui refuse sans motif de consentir à un ordre amiable. 246
CUËNOT : Examen critique des articles de la loi du 11 juin 1859, relatifs à l'enregistrement des marchés commerciaux. 356
G. DEMANTE : Examen doctrinal de la législation et de la jurisprudence en matière d'enregistrement. 481

Digitized by Google

Pages.

A. Desjardins : La liberté de la circulation et l'intervention administrative. 558
Eschbach : Le droit musulman exposé d'après les sources. 107
L. A. Eyssautier : Bibliographie. — De l'influence des anciennes institutions féodales, par M. Burdet. 286
N. Gaillard : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 193
Girard de Vasson : Testament olographe; légataire universel; héritier non réservataire; preuve à faire. 254
Laferrière : Bibliographie. — Rapport verbal fait à l'Académie des sciences morales et politiques sur un ouvrage de M. Larombière, intitulé : *Théorie et pratique des obligations*. 186
Lafontaine : D'une tendance de la jurisprudence dans l'application de la loi pénale. 164
Lalanne : Bibliographie. — Traités divers, de M. Lesenne. 383
Ch. Lucas : Bibliographie. — Quelques observations sur les colonies pénitentiaires de jeunes détenus, à l'occasion d'un écrit de M. Gaudon, intitulé : *Aperçu sur les colonies agricoles pénitentiaires*. 565
Panattoni : De la science du droit criminel en Italie. 216
Petit : Chemins. — Préfet. — Compétence. 445
Paul Pont : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . . 289
— Idem. 385
G. Rousset : De l'étude du droit civil et administratif en Savoie et à Nice. 473
Serrigny : Fragment d'étude du droit administratif sous l'empire romain du IVe au VIe siècle. 13
Sévin : Des enfants trouvés et abandonnés. 153
— Étude sur les priviléges et les hypothèques. 493
Sourdat : De la contrainte par corps en matière criminelle contre les condamnés insolvables. 335
H. Thiercelin : Les successeurs de Grotius. 312
A. Thomas : Bibliographie. — Les Codes annotés des circulaires, par M. Addenet. 284
De Valroger : Bibliographie. — Commentaire théorique et pratique des lois d'expropriation pour cause d'utilité publique, par MM. de Peyronny et Delamarre. 280
— Esquisse du droit criminel des Romains. 368
— Suite. 400
— Fin. 519
De Valroger fils : Bibliographie.—Introduction à l'histoire des sources du droit français, par M. A Bertauld. 92
A. Vente : De la science du droit criminel en Italie; traduction. . . . 216

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Ce, 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

LAW LIBRARY
University of Michigan
3 5112 102 978 667

Digitized by Google